

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DU
DROIT D'USUFRUIT

DU CONJOINT SURVIVANT

DANS SES RAPPORTS

AVEC LE RETOUR SUCCESSORAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SCIENCES JURIDIQUES

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le samedi 8 juillet 1905, à une heure et demie du soir

PAR

MAURICE PETIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. EUGÈNE GAUDEMET, Professeur.

Suffragants : { M. DUVERDIER DE SUZE, Professeur.
 { M. DESSERTAUX, Professeur.

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

Place Darcy, 9

—
1905

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DU
DROIT D'USUFRUIT
DU CONJOINT SURVIVANT

DANS SES RAPPORTS
AVEC LE RETOUR SUCCESSORAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SCIENCES JURIDIQUES

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le samedi 8 juillet 1905, à une heure et demie du soir

PAR

MAURICE PETIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. EUGÈNE GAUDEMET, Professeur.

Suffragants : { M. DUVERDIER DE SUZE, Professeur.
 { M. DESSERTAUX, Professeur.



DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

Place Darcy, 9

—
1905

BIBLIOGRAPHIE

AMIAUD, *Traité formulaire général du notariat*, 4^e édit., Paris, 1897-1898.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e édit. et 5^e édit., t. 1^{er}.

BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *Traité de droit civil : Donations et testaments*, 1^{re} édit., Paris, 1895.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité de droit civil : Des successions*, 2^e édit., Paris, 1899.

CHARMONT, Note publiée sous arrêt de la Cour de Poitiers, du 15 mai 1899 (*Pandectes françaises*, 1901. II. 337).

CLÉMENT, Note publiée sous arrêt de la Cour de Paris, du 31 octobre 1899 (*Pandectes françaises*, 1901. II. 241).

COIN-DELISLE, *Etude sur l'art. 747 du Code Napoléon* (*Revue critique*, 1857, t. X, ancienne série).

CROUZEL, *La stipulation du retour conventionnel par l'ascendant donateur et la renonciation au retour légal* (*Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1903, t. LI, p. 1).

DEMOLOMBE, *Cours de Code civil : Traité des successions*, Paris, 1857.

DUMOULIN, *Œuvres*, Paris, 1681.

FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*.

FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentaires anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, Paris, 1714.

FLOUCAUD-PÉNARDILLE, *Des droits de l'époux survivant dans la succession de son conjoint*.

FURGOLÉ, *Observations sur l'ordonnance de Louis XV, de 1731, sur les donations*, Toulouse, 1761.

GAUDEMET, *Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 739).

GÉNY, Note publiée sous arrêt de Cassation, du 2 juillet 1903 (*Pandectes françaises*, 1903. I. 497).

GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e édit., Paris, 1898.

GUY-COQUILLE, *Œuvres*, Paris, 1646.

HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1893.

LAURENT, *Principes de droit civil*.

LAURIÈRE, *Traité des coutumes de la prévôté du vicomté de Paris*, Paris, 1777.

LEBRUN, *Traité des successions*, Paris, 1743.

LOUET et BRODEAU, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, Paris, 1742.

LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*.

LYON-CAEN, Note publiée sous arrêt de Cassation, du 24 juillet 1901 (S. 1901. I. 433).

MAGNOL, *Du droit d'usufruit du conjoint survivant par rapport aux biens soumis à un droit de retour*, Toulouse, 1902.

MAGNOL, *Observations sur l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, du 6 mars 1902*, Toulouse, 1902.

MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, t. XV, Paris, 1828.

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e édit.

POTHIER, *Œuvres*, édit. Bugnet.

Revue du notariat et de l'enregistrement.

RICARD, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, Paris, 1707.

ROUSSILHE, *Traité de la dot*, Paris-Toulouse, 1856.

SARRUT, Note publiée sous arrêt de Cassation, du 24 juillet 1901 (D. 1901. I. 537).

SOUCHON, *Commentaire de la loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé* (*Revue critique*, 1891, t. XX, p. 223).

ZEGLICKI, *Travaux préparatoires de la loi des 9-10 mars 1891* (*Revue critique*, 1892, t. XXI).

ZEGLICKI, *Le droit de retour légal peut-il, avant son ouverture, être modifié par la convention des parties* (*Revue critique*, 1902, t. XXXI, p. 325).

VAN BIERVLIET, *De la nullité des pactes portant renonciation anticipée au retour successoral* (*Revue pratique du notariat belge*, 1905, p. 225).



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548628_0011

INTRODUCTION

Avant la loi du 9 mars 1891, l'époux survivant, sous l'empire de notre Code civil, se trouvait placé, au point de vue successoral, dans une situation excessivement dure. Il n'avait plus les gains de survie que lui assurait notre ancien droit et il n'était appelé à la succession de son conjoint prédécédé qu'à défaut de parents au degré successible, ce qui ne lui donnait qu'un droit purement illusoire ; après lui, il n'y avait plus que l'Etat recueillant les biens par voie de déshérence. Ce système, d'une dureté si exagérée, trouvait, il est vrai, un correctif dans le double principe de la liberté des conventions matrimoniales et de la liberté de tester, mais ce correctif était imparfait et insuffisant. Une réforme s'imposait. La succession *ab intestat* étant fondée sur la volonté présumée du défunt, il fallait tenir compte, dans la dévolution des biens, de l'affection que les époux éprouvent ordinairement l'un pour l'autre. La plupart des législations étrangères basées sur le Code civil avaient déjà adopté cette modification. En France, quelques lois spéciales l'avaient en partie réalisée sur certains points, mais la réforme complète et nécessaire ne fut effectuée que par la loi du 9 mars 1891.

Le législateur de 1891 a fait disparaître l'omission

injustifiée de notre Code, en attribuant au conjoint survivant un véritable droit de succession. Comme auparavant, le conjoint ne succède en pleine propriété qu'à défaut de parents au degré successible et d'enfants naturels, mais, dans tous les autres cas, il possède toujours un droit d'usufruit, dont l'étendue varie suivant le nombre ou la nature des héritiers en présence desquels il se trouve. C'est la création de ce droit d'usufruit qui constitue la partie principale de la réforme établie par la loi de 1891.

Mais il ne suffisait pas, dans cette loi, de créer ce nouveau droit héréditaire, il fallait de plus le concilier avec les droits des différents héritiers reconnus par le Code civil, afin d'éviter dans la suite toutes difficultés dans l'application de la loi. Or, ces difficultés ne sont pas à craindre quand l'époux survivant se trouve en présence d'héritiers ordinaires, et le législateur de 1891 n'a eu qu'à déterminer son rang au milieu d'eux et la part de la succession à laquelle il a droit. Mais il en est tout autrement, dans le cas assez fréquent, où le conjoint se trouve en face d'un successeur anomal, d'un ascendant donateur, par exemple. La nature un peu spéciale du droit de retour de ce dernier, la désignation limitative des biens sur lesquels ce droit porte, les conditions spéciales auxquelles son ouverture est subordonnée, ne peuvent moins faire que de susciter dans cette hypothèse des difficultés qu'il appartenait au législateur de prévoir et d'éviter. Aussi, voyons-nous le nouvel article 767 du Code civil décider que l'usufruit accordé au conjoint survivant ne doit jamais s'exercer sur les biens soumis à un droit de retour.

Malheureusement le législateur s'est borné à fixer ce premier point, et il a omis de réglementer une question voisine et non moins importante. Il s'agit de savoir si ces mêmes biens, soumis au droit de retour et soustraits à l'exercice de l'usufruit légal, ne doivent pas cependant figurer dans la masse des biens du *de cujus* réunis fictivement pour opérer le calcul du montant de cet usufruit. La question est assez délicate, et par suite du silence de la loi elle a donné lieu, ainsi que nous le verrons, à différentes interprétations, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

Mais en outre, bien que l'usufruit de l'époux survivant ne doive pas, d'après la loi de 1891, s'exercer sur les biens soumis au retour successoral, on conçoit cependant que les parties puissent par leurs propres conventions en décider autrement et étendre de la sorte les droits de cet époux. C'est ainsi qu'un ascendant donateur pourra, comme le cas s'est présenté fréquemment, renoncer partiellement, lors de la donation, à son droit de retour éventuel et permettre au conjoint de son enfant donataire prédécédé d'exercer son usufruit légal sur les biens donnés. Or, ici encore, on remarque une nouvelle omission de la loi de 1891, qui a négligé de réglementer de semblables conventions et de se prononcer sur leur validité ; aussi cette question a-t-elle été résolue de manières fort différentes, et la Cour de cassation, appelée récemment à trancher la difficulté, a donné une solution absolument opposée à tout intérêt pratique et qui a suscité de toutes parts les plus vives critiques.

C'est l'examen de ces deux problèmes juridiques, nés des rapports de l'ancienne institution du retour successoral et du nouveau droit héréditaire du conjoint survivant, qui fera le sujet de notre travail. Nous rechercherons quelle est la solution la plus exacte qu'il convient d'apporter à ces difficultés, et nous constaterons que pour y parvenir il est nécessaire de faire une étude approfondie du retour successoral ; nous rechercherons le véritable caractère et la nature intime de cette institution et nous serons ainsi amené à la considérer comme une véritable succession à base contractuelle, c'est-à-dire une succession reposant sur une convention présumée ; elle ne nous apparaîtra plus que comme une forme modifiée du retour conventionnel. L'application naturelle de ce principe ainsi découvert nous indiquera alors logiquement les solutions cherchées.

Le plan de cet ouvrage est maintenant facile à tracer. Nous diviserons notre travail en trois parties. Dans les deux premières parties, nous examinerons successivement les deux difficultés que nous avons brièvement exposées, et nous nous convaincrons de l'inexactitude de la plupart des théories proposées. Enfin, la troisième partie sera consacrée à l'exposé de notre système sur la nature du retour successoral, et nous n'aurons plus, pour conclure, qu'à faire l'application des principes ainsi établis, afin de résoudre les deux problèmes juridiques énoncés.

PREMIÈRE PARTIE

Doit-on tenir compte des biens soumis au droit de retour successoral pour calculer le montant de l'usufruit du conjoint survivant ?

Au décès du prémourant des époux, il faut avoir soin de considérer, dans les biens de la succession du *de cujus*, deux masses distinctes selon qu'il s'agit de calculer le montant de l'usufruit du conjoint survivant, ou selon qu'il s'agit de déterminer les biens sur lesquels s'exercera cet usufruit. On désigne ordinairement ces deux masses sous les noms de masse de calcul et de masse d'exercice.

La masse de calcul est la réunion fictive de tous les biens du *de cujus* d'après lesquels on calcule le montant, la quotité de l'usufruit de l'époux survivant, quotité qui s'élèvera suivant les cas au quart ou à la moitié de cette masse.

La masse d'exercice est aussi une réunion de certains biens du *de cuius*, mais elle est ordinairement plus restreinte que la précédente ; elle comprend exclusivement les biens sur lesquels le survivant exercera son droit, c'est-à-dire les biens dont il pourra posséder effectivement la jouissance.

Or, il est un point indiscutable qu'il importe d'éliminer immédiatement. Les biens qui sont soumis à un droit de retour quelconque, soit conventionnel, soit légal, ne doivent jamais être compris dans la masse d'exercice ; autrement dit l'époux survivant n'aura jamais l'usufruit de ces biens.

C'est là une question tranchée par l'alinéa 7 du nouvel article 767 du Code civil, ainsi conçu : « Mais l'époux survivant ne pourra exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour. »

Si ce texte ne paraît pas assez explicite, les travaux préparatoires (1) suffisent à en préciser exactement le sens. D'ailleurs, M. Delsol, le promoteur de la loi du 9 mars 1891, s'est exprimé formellement dans son rapport au Sénat du 11 novembre 1890 : « Si le donataire meurt laissant son conjoint, dit-il, l'usufruit de ce dernier doit-il porter sur les biens donnés qui constituent la succession anormale ? L'affirmative a de nombreux partisans. En effet, l'époux survivant a le droit de concourir en usufruit avec les enfants qui priment le successeur anormal ; il

(1) *Journal officiel*, du 7 mars 1877.

devrait donc, ce semble, avoir celui de concourir avec le même successeur anomal. Malgré cet argument, dont elle ne méconnaît pas la force, votre commission pense que les biens composant la succession anormale doivent être exempts de l'usufruit du conjoint. S'il en était autrement, on pourrait craindre que les ascendants ou les père et mère naturels ne fussent moins portés à faire des libéralités à leurs enfants, ce qui serait regrettable (1). »

L'usufruit du conjoint ne doit donc pas porter sur les biens donnés qui constituent la succession anormale. C'est bien là le sens dans lequel tous les auteurs interprètent ce passage du rapport de M. Delsol (2). C'est d'ailleurs, comme nous aurons occasion de le voir plus loin, pour éviter toute équivoque à cet égard, que la commission du Sénat a rétabli dans le texte de l'article 767 les mots « sans préjudicier aux droits de réserve *ni aux droits de retour* », qui avaient été supprimés comme inutiles par la Chambre des députés (3).

Cette solution, adoptée par la jurisprudence (4), est, en outre, conforme aux principes, d'une part en ce qui concerne le retour conventionnel, puisque ce retour s'opère d'une manière rétroactive, d'autre

(1) *Journal officiel*, du 4 mars 1877, p. 1668 et 1669. — V. Sirey, *Lois annotées*, 1891, p. 103, 1^{re} col.

(2) Baudry-Lacantinerie et Vahl, *Des successions*, t. I, n^o 551. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. V, n^o 131. — Floucaud-Pénardille, *Des droits de l'époux survivant*, n^{os} 127 et suiv., etc.

(3) V. Sirey, *Lois annotées*, 1891, p. 104, 1^{re} col., note 5-6.

(4) Nancy, 20 juillet 1895. (S. 1895. II. 293. — D. 1897. II. 162.)

part en ce qui concerne le retour légal qui s'exerce au détriment de presque tous les héritiers.

Par conséquent, c'est un point hors de doute : les biens soumis à un droit de retour quelconque ne doivent jamais entrer dans la composition de la masse des biens sur lesquels le conjoint survivant exerce son usufruit. Mais lorsqu'il s'agit de savoir si ces mêmes biens doivent être compris dans la masse de calcul, la question se complique et on rencontre des opinions diamétralement opposées, soit en doctrine, soit en jurisprudence. C'est cette question qu'il nous faut examiner maintenant.

Pour faire cette étude, nous nous placerons d'abord en présence d'un droit de retour purement conventionnel ; nous examinerons ensuite avec plus de détails le cas embarrassant où il s'agit d'un droit de retour légal, et nous verrons que la solution de cette question doit être subordonnée à la question plus générale du caractère contractuel que nous attribuons au retour successoral.

CHAPITRE PREMIER

Les biens soumis à un droit de retour purement conventionnel doivent-ils être compris dans la masse de calcul ?

La loi du 9 mars 1891, complétée par les travaux préparatoires et les paroles de son rapporteur, nous apprend donc que les biens d'une succession anormale sont toujours exclus de la masse d'exercice de l'usufruit du conjoint survivant, mais elle est muette sur la question de savoir si ces mêmes biens doivent rentrer ou non dans la masse de calcul. L'alinéa 6 de l'article 767 du Code civil, le seul qui ait trait au calcul de l'usufruit, est ainsi conçu : « Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les biens existant au décès du *de cuius*, auxquels seront réunis fictivement ceux dont il aurait disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire au profit de successeurs, sans dépense de rapport. »

Malgré l'absence dans ce texte de toute disposition relative aux biens soumis à un droit de retour,

il est facile de régler le sort de ces biens quand on est en présence d'un droit de retour purement conventionnel, tel que l'établissent les articles 951 et 952 du Code civil. Les biens soumis à ce retour ne doivent jamais dans aucun cas entrer dans la composition de la masse de calcul.

En effet, cette masse comprend, d'après l'article 767, alinéa 6, que nous venons de citer, deux catégories de biens : d'une part, les biens existant au décès ; d'autre part, certains biens dont le défunt a disposé. Or, il est aisé de se convaincre que les biens soumis au retour conventionnel ne rentrent dans aucune de ces deux catégories. La stipulation de ce retour est assimilée à une donation sous condition résolutoire expresse ; autrement dit, les biens frappés de ce droit de retour sont censés, au moment même de la survenance de la condition, c'est-à-dire du décès du donataire, n'être jamais sortis du patrimoine du donateur : c'est là un effet de la nature même du retour conventionnel. Par conséquent, ces biens en question ne peuvent pas être rangés dans la catégorie des biens existant dans la succession du *de cujus*, puisqu'au décès de celui-ci, la clause résolutoire produisant son effet, ils sont réputés n'avoir jamais fait partie de son patrimoine. Pour la même raison, on ne peut pas les placer dans la seconde catégorie de biens, ceux dont le défunt aurait pu disposer par acte entre vifs ou par acte testamentaire au profit de successibles et sans dispense de rapport ; en effet, par application du principe que nous avons énoncé, toute aliénation de biens soumis au retour conventionnel est résolue au décès du

donataire et ces biens reviennent au donateur libres de toutes charges.

Donc, tout bien, objet d'un droit de retour purement conventionnel, doit être nécessairement exclu de la masse de calcul de l'usufruit du conjoint survivant. La solution est la même que si on se trouvait, par exemple, en présence de biens dont le défunt aurait été gratifié à charge de substitution ; ces biens ne font pas partie de sa succession ; c'est dans la succession du disposant que les appelés les recueillent.

Cette solution, à laquelle nous a conduit l'application des principes et de la nature du retour conventionnel, est d'ailleurs adoptée par l'unanimité des auteurs (1). MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, qui avaient soutenu l'opinion contraire dans la première édition de leur ouvrage sur les successions, ont reconnu leur erreur et se sont ralliés à notre théorie dans leur seconde édition (2).

M. Zeglicki (3) nous paraît être le seul à formuler une distinction qui l'entraîne, selon nous, à des conséquences absolument fausses. Il distingue selon que les biens donnés existent en nature entre les mains du donataire à son décès, et selon que ces biens ont été aliénés antérieurement. Dans le premier cas, M. Zeglicki déclare que « l'usufruit légal du conjoint

(1) V. notamment : Mesnard, *Commentaire de la loi du 9 mars 1891*. — Floucaud-Pénardille, *op. cit.* — Huc, *op. cit.* — Binet, *Droits successoraux du conjoint survivant : Revue de l'enregistrement*, 1897.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, 2^e édit., t. I, n^o 540.

(3) Zeglicki, *Travaux préparatoires de la loi des 9-10 mars 1891 : Revue critique*, 1892, t. XXI, p. 180.

devra être calculé en tenant compte des biens en question ». Cette opinion est inadmissible, puisque, d'après la clause résolutoire contenue dans le retour, ces biens sont censés n'être jamais sortis du patrimoine du donateur. Mais ce principe a certainement échappé à M. Zeglicki, car, lorsqu'il envisage le second cas, celui où les biens donnés ont été aliénés par le donataire, il exclut effectivement ces biens de la masse de calcul, mais il s'appuie pour le faire sur une base critiquable : cette exclusion provient, selon lui, de ce que les biens en question « étaient sortis de l'hoirie au moment du décès du donataire ou de ses descendants ». Cet auteur ne semble pas remarquer que si les biens ne se trouvent pas dans la succession du donataire, ce n'est pas parce que celui-ci les a aliénés, puisque de semblables aliénations sont résolues, mais bien parce que les objets donnés sont réputés avoir toujours appartenu au donateur.

La différence présentée par M. Zeglicki n'est donc nullement fondée en droit ; dans tous les cas, en effet, les biens, objets de la donation, sont censés n'avoir jamais été la propriété du donataire ; dans tous les cas, la résolution opère de même avec une égale énergie. Cependant, si le donateur avait usé de la faculté de renoncer au bénéfice résultant pour lui de la convention de retour, il faudrait tenir compte du bien donné, qui se trouverait encore en nature dans la succession, à la fois pour le calcul et l'exercice du droit du conjoint ; si, au contraire, le donataire en avait disposé en faveur d'un de ses successeurs sans dispense de rapport, on ne le compterait

que pour le calcul, non pour l'exercice, et enfin dans le cas où le donataire l'aurait donné ou légué à un étranger, ce bien serait exclu à la fois de la masse de calcul et de la masse d'exercice.

Quoi qu'il en soit, cette divergence d'opinion est un fait isolé qui n'atteint en rien la solidité de notre théorie, confirmée d'ailleurs par la jurisprudence. En effet, deux arrêts importants de Cours d'appel et un arrêt tout récent de la Cour de cassation (1), arrêts sur lesquels nous aurons bientôt à revenir, excluent positivement de la masse de calcul les biens soumis à un droit de retour conventionnel ou légal, Nous verrons que dans les espèces présentées aux tribunaux, on était plutôt en présence d'un droit de retour légal ; mais la jurisprudence n'en a pas moins entendu étendre l'exclusion de la masse de calcul aux biens soumis à tout droit de retour, légal ou conventionnel.

Toute cette discussion à laquelle nous venons de nous livrer, relativement au retour conventionnel, peut paraître au premier abord un peu étrangère au sujet de cette étude, où nous examinons l'usufruit du conjoint survivant seulement dans ses rapports avec le retour successoral, mais son utilité va nous apparaître bientôt quand nous rechercherons si les biens soumis au retour successoral rentrent ou non dans la masse de calcul de l'usufruit légal. Pour résoudre cette difficulté, il nous faudra recourir aux

(1) Poitiers, 15 mai 1899. (D. 1901. II. 205 ; *Pand. franç.*, 1901. II. 337.) — Paris, 31 oct. 1899. (*Pand. franç.*, 1901. II. 241.) — Cassation, 22 juillet 1903. (D. 1904. I. 33 ; *Pand. franç.* 1903. I. 537.)

principes de notre théorie sur la nature contractuelle du retour successoral et nous verrons en somme qu'il n'y a pas opposition entre ce retour et le retour conventionnel, que, bien au contraire, la solution de la question qui nous occupe actuellement doit être la même dans l'un et l'autre cas, celle que nous venons de découvrir en matière de retour conventionnel.

CHAPITRE II

**Les biens soumis à un droit de retour légal
doivent-ils être compris dans la masse de
calcul ?**

Cette question, à l'étude de laquelle nous sommes ainsi naturellement amené, est fort controversée. Du côté de la doctrine règne la division la plus complète et la jurisprudence, peu abondante sur ce point, n'offrait jusqu'ici pas plus d'homogénéité. Trois arrêts de Cour d'appel seulement ont été rendus en la matière et, tandis que l'un réunit dans la masse de calcul les biens des successions anomales, les autres plus récents excluent formellement ces biens de la même masse de calcul. Tout dernièrement la Cour de cassation a eu à se prononcer et elle l'a fait dans le sens de ces derniers arrêts, dont la solution est d'ailleurs conforme à la théorie que nous proposerons bientôt.

La question présente un réel intérêt pratique. Selon qu'on adopte l'une ou l'autre solution, le montant de l'usufruit de l'époux survivant varie dans des proportions parfois assez considérables, à l'avantage ou au détriment des autres héritiers, sans toutefois que la situation de l'ascendant donateur, titulaire du droit de retour, soit modifiée, puisque cet ascendant n'a jamais à subir l'usufruit légal du conjoint.

Prenons un exemple. Primus meurt sans enfants, laissant sa femme, un frère germain et son grand-père, de qui il a reçu par donation un immeuble valant cent mille francs. Sa fortune se compose en outre de divers autres biens évalués à cent mille francs. L'immeuble reviendra au grand-père par droit de retour légal ; les autres cent mille francs seront attribués au frère. Le droit d'usufruit du conjoint est de moitié. Si l'on comprend l'immeuble donné dans la masse servant de base au calcul de cet usufruit, l'usufruit portera sur cent mille francs, puisqu'il sera calculé sur un actif de deux cent mille francs. Il absorbera par suite ce qui revient au frère, qui ne recueillera que la nue propriété. Admet-on la solution contraire, le conjoint ne pourra réclamer son usufruit que sur cinquante mille francs.

La question a donc une importance pratique considérable ; aussi avant de chercher à la trancher, convient-il d'étudier attentivement les deux systèmes en présence. Nous considérerons dans cette étude le retour légal en général, mais plus spécialement le retour successoral de l'article 747, cas de beaucoup

le plus fréquent et le seul pour lequel nous ayons l'intention de donner ici une solution certaine à notre question.

SECTION PREMIÈRE

Théorie d'après laquelle les biens soumis au retour légal doivent être compris dans la masse de calcul.

D'après une première opinion, disons-nous, les biens, objets d'un droit de retour légal, doivent être réunis à la masse fictive d'après laquelle on calcule le montant de l'usufruit du conjoint survivant. Par conséquent, le taux de l'usufruit est augmenté au détriment des héritiers du *de cujus* ; ainsi, dans l'exemple poposé ci-dessus, cet usufruit portera sur cent mille francs.

C'est l'opinion consacrée par un arrêt de la Cour de Nancy, du 20 juillet 1895 (1). C'est aussi celle d'un grand nombre d'auteurs (2).

Les partisans de ce système se fondent sur un certain nombre d'arguments que l'on peut classer

(1) S. 1895. II. 293. — D. 1897. II. 162. — *Gazette du Palais*, 1895. II. 249. — *Revue du notariat*, 1895, n° 9470.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, 2^e édit., t. I n° 540. — Planiol, *Précis de droit civil*, t. III, n° 1873. — Souchon, *Commentaire de la loi du 9 mars 1891 : Revue critique*, t. XX. 1891, p. 236-237. — Zeglicki, *Travaux préparatoires de la loi du 9 mars 1891 : Revue critique*, t. XXI, 1892, p. 181. — Vigie, *Revue critique*, t. XXV, 1896, p. 151. — Clément, Note sous arrêt de la Cour de Paris : *Pand. franç.*, 1901. II. 241. — Magnol, *Du droit d'usufruit du conjoint survivant par rapport aux biens soumis à un droit de retour*.

en deux groupes : les uns basés sur les textes, les autres sur l'esprit général de la loi de 1891 et la pensée du législateur.

I.

Le texte qu'il s'agit d'étudier ici est le nouvel article 767 du Code civil qu'a modifié la loi du 9 mars 1891. Cet article établit et détermine les droits d'un époux à la succession de son conjoint prédécédé. Après avoir défini ces droits et en avoir fixé le montant, dans les premiers alinéas, il entre ensuite, avec les alinéas 6 et 7, dans des détails plus minutieux et nous apprend comment se calculent et s'exercent ces mêmes droits. L'alinéa 6, en effet, paraît établir exactement la manière de calculer le taux de l'usufruit de l'époux survivant, tandis que l'alinéa 7 indique les biens sur lesquels il s'exerce. C'est donc l'alinéa 6 qu'il faut analyser pour trouver dans les textes la solution de la question qui nous occupe.

Nous avons déjà eu occasion de citer les termes de l'alinéa 6 et nous avons appris que la masse, sur laquelle se calcule l'usufruit, comprend deux catégories de biens : les biens existant au décès et certains biens dont le défunt a disposé. La seconde catégorie nous importe peu ici, car, si le défunt avait disposé des biens dont nous nous occupons, le droit de retour ne s'exercerait pas sur eux, ainsi que le déclare l'article 747. Mais la première catégorie comprend tous les biens existant au décès du *de cujus* ; il n'est fait aucune exception pour les biens qui sont l'objet d'un droit de retour ; il suffit donc qu'ils se retrou-

vent en nature dans la succession. Les biens soumis au retour conventionnel, avons-nous vu, n'existent plus dans la succession par suite de l'effet de la condition résolutoire, mais il n'en est plus ainsi quand on est en présence du retour légal ; ces biens font nécessairement partie du patrimoine du *de cuius* et la généralité des termes de l'alinéa 6, de l'article 767, ne permet pas de les exclure de la masse de calcul.

Ce raisonnement est présenté par MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl et par M. Clément ; on le trouve encore reproduit dans l'arrêt de la Cour de Nancy.

Mais continuons l'examen de l'article 767. L'alinéa 7 détermine la masse sur laquelle s'exerce le droit d'usufruit du survivant, et il dit clairement que les biens soumis au retour légal ne sont pas compris dans la masse d'exercice. Or, cette solution dérivait déjà du droit commun. En présence de cette déclaration surabondante de la loi, il est certain que si le législateur avait voulu que l'usufruit ne fut pas calculé sur les biens soumis au retour, solution qui ne s'impose pas comme la précédente, il l'eût déclaré en termes formels. Aucune disposition de ce genre n'existe, aussi paraît-il évident que les biens de la succession anormale rentrent dans cette masse de calcul.

Mais il y a plus. Si les biens qui nous occupent étaient exclus de cette masse, il serait bien clair que l'époux survivant ne pourrait pas exercer sur eux son droit d'usufruit, et le législateur n'aurait certainement pas pris la peine de le dire. Par conséquent, si cette exclusion existe, il faut considérer la phrase

finale de l'alinéa 7 « sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour », comme parfaitement inutile, puisque la solution qu'elle apporte s'imposait déjà. Or, il est inadmissible qu'on ait inséré ainsi dans la loi des phrases d'une inutilité aussi complète, et, en conséquence, il faut déclarer qu'il n'y a aucune raison d'exclure de la masse de calcul les biens soumis au retour légal.

C'est ce que déclare d'ailleurs nettement la Cour de Nancy qui s'exprime en ces termes : « Attendu qu'il n'est pas contesté que l'usufruit de l'époux survivant ne peut, dans aucun cas, s'exercer sur les biens soumis au droit de retour et qu'il était inutile de rappeler ce principe dans l'article 767, puisqu'il avait été formellement consacré par l'article 747 qui le précède, et aux termes duquel l'ascendant donateur succède, à l'exclusion de tous autres, aux biens par lui donnés qui se retrouvent dans la succession du donataire ; que la réserve finale du paragraphe 7 de l'article 767 ne peut donc y avoir été insérée en vue d'une situation précédemment réglée et définitivement acquise, sous peine d'être sans aucune portée ; mais qu'il en est autrement si l'on décide que les deux successions seront provisoirement confondues dans une seule masse pour calculer l'usufruit de l'époux survivant, parce qu'elle devient alors nécessaire pour prévenir toute équivoque, et pour affirmer une fois de plus le droit de l'ascendant donateur auquel cette confusion passagère et théorique des deux successions ne pourra jamais préjudicier. »

Il semble difficile d'affaiblir cette argumentation.

On a essayé de faire valoir dans le sens de l'opinion contraire un passage du rapport de M. Piou à la Chambre des députés, en date du 20 mars 1886 (1); mais on peut faire remarquer que ce rapport se réfère à une période d'étude du projet de loi, bien antérieure à l'époque où le Sénat a maintenu, perfectionné et mis au point le système des deux masses. Il faut ajouter de plus que la phrase de M. Piou ne s'applique absolument qu'à l'exercice de l'usufruit; elle est ainsi conçue : « Le projet de loi ne porte aucune atteinte aux droits de réserve ni aux droits de retour organisés par les articles 351, 352 et 747 du Code civil, l'usufruit de l'époux ne devant jamais s'exercer ni sur le montant des réserves, ni sur les biens dépendant de la succession anormale. » L'interprétation fautive qui a été faite d'un passage aussi clair ne peut s'expliquer que par une confusion entre les deux masses, confusion qui subsiste encore dans un certain nombre d'esprits.

En résumé, tandis que les biens soumis au retour légal sont exclus de la masse d'exercice, ces mêmes biens entrent, dit-on, dans la formation de la masse de calcul; il s'ensuit donc que cette seconde masse est plus étendue que la première. Mais cette constatation n'est pas surprenante, car l'alinéa 7 de l'article 767, alinéa qui détermine la masse d'exercice, apporte des restrictions à l'alinéa précédent. Ces restrictions sont au nombre de deux : la première porte sur les biens dont le *de cujus* a disposé par acte entre vifs ou par acte testamentaire; réunis fic-

(1) *Journal officiel*, débats parlementaires, 1886, p. 1298.

tivement à la masse de calcul, ils ne sont pas compris dans la masse d'exercice, ils ne sont pas susceptibles d'être rapportés réellement pour que le survivant des époux exerce sur eux son usufruit. Quant à la seconde restriction, elle oblige le conjoint d'un époux donataire à ne préjudicier ni aux droits de réserve ni aux droits de retour ; elle porte donc sur une seconde catégorie de biens dans laquelle rentrent ceux qui nous occupent ; ils sont distraits par l'exercice de l'usufruit de la généralité des biens sur lesquels se calcule le montant de ce droit.

II.

A côté de ces arguments de texte, les partisans de l'opinion que nous exposons ajoutent, en faveur de leur système, des raisons tirées de la pensée du législateur et de l'esprit de la loi.

La loi du 9 mars 1891, par une disposition nouvelle et toute de faveur, est venue combler une lacune du Code civil et créer au profit du conjoint survivant des droits héréditaires qui avaient été jusque-là inconnus. L'intention du législateur a certainement été d'assurer à cet époux une situation pécuniaire égale à celle qu'il avait pendant le mariage ; c'est d'ailleurs ce que nous apprend M. Delsol, qui dit expressément dans son exposé des motifs qu'il y a lieu d'accorder au conjoint survivant un usufruit « qui lui permette de soutenir un rang et de conserver dans son veuvage la position qu'il avait avant que la mort brisât son existence conjugale (1) ». Or,

(1) *Journal officiel*, du 7 juin 1872, p. 822.

au cours du mariage, il a la jouissance de tous les biens soumis à un droit de retour ; pour que sa situation reste égale pendant son veuvage, il faut donc nécessairement que ces biens rentrent dans la masse sur laquelle se calcule le montant de son usufruit.

« Attendu, dit de son côté la Cour de Nancy, qu'il peut se présenter certaines hypothèses dans lesquelles ce mode de calcul sera avantageux pour le conjoint usufruitier, mais que cette conséquence ne peut prévaloir contre la précision du texte de l'article 767, et rentre d'ailleurs dans la pensée du législateur de 1891, qui s'est particulièrement préoccupé de l'intérêt du conjoint survivant vis-à-vis des héritiers légitimes, sans cependant lui sacrifier le droit de retour de l'ascendant sur les biens par lui donnés. »

Le but de la loi, l'intention du législateur semblent donc bien venir corroborer les arguments de textes et présenter comme seule exacte la théorie que nous venons d'exposer.

SECTION II

*Théorie d'après laquelle les biens soumis au retour légal
doivent être exclus de la masse de calcul.*

Cependant il ne faut pas considérer la question comme définitivement résolue : un système absolument opposé a été soutenu ; il a su rallier à lui un

assez grand nombre d'auteurs (1) et il a été consacré par deux arrêts de Cours d'appel assez récents, l'un de Poitiers du 15 mai 1899 (2) et l'autre de Paris du 31 octobre 1899 (3); enfin un pourvoi en Cassation a été formé contre ce dernier arrêt et la Cour suprême l'a nettement rejeté, dans un arrêt du 22 juillet 1903 (4), adoptant ainsi pleinement le système que nous exposons maintenant.

Le principal argument de ce système a été présenté par la Cour d'appel de Poitiers. Cette Cour, il est vrai, semble ne voir, dans l'espèce qui lui a été présentée, qu'un cas de retour conventionnel, et on comprend dès lors sa solution; mais elle va plus loin et déclare qu'alors même que le droit de retour dont il est question serait un droit de retour légal et ne trouverait « sa source et sa justification que dans les dispositions de l'article 747, les biens donnés au *de cujus* n'en devraient pas moins être exclus de la masse à partager »; et, pour soutenir cette théorie, elle s'appuie sur un argument d'analogie tiré des règles relatives à la composition de la masse pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible.

(1) Huc, *Cours de Code civil*, t. V, n° 131, p. 169. — Floucaud-Pénardille, *Des droits de l'époux survivant*, n° 131. — Mesnard, *Commentaire de la loi du 9 mars 1891*, n° 33. — Binet, *Droits successoraux du conjoint survivant* : *Revue de l'enregistrement*, 1897, p. 524. — Charmont, Note sous arrêt de Poitiers : *Pand. franç.*, 1901. II. 337 et *Revue critique*, 1902, p. 4. — V. encore les conclusions du procureur général Baudoin, Cass. 22 juillet 1903. (D. 1904. I. 33.)

(2) D. 1901. II. 205. — S. 1899. II. 160. — *Pand. franç.*, 1901. II. 337.

(3) *Pand. franç.*, 1901. II. 241., *Revue du notariat*, 1900, n° 10414, p. 36.

(4) D. 1904. I. 33. — *Pand. franç.*, 1904. I. 537.

En effet, dit en substance cet arrêt, l'époux survivant, tout en conservant la qualité de successeur irrégulier, a été placé au rang des héritiers *ab intestat* par le nouvel article 767, qui fait partie intégrante du titre des successions. Ses droits dans l'hérédité de son conjoint ne peuvent dès lors être déterminés que conformément au droit commun. Or, aux termes de l'article 747, les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, quand les biens donnés se retrouvent en nature dans leur succession ; il suit donc nécessairement de là que les autres héritiers ne sont appelés à exercer leurs droits et à en calculer l'importance pour la formation de la quotité disponible comme de la réserve que sur les biens que ce prélèvement aura laissés libres, et que, dans aucun de ces cas, les biens ainsi prélevés ne comptent parmi les biens de la succession. L'effet de la donation de l'ascendant se trouvant neutralisé par l'effet du retour successoral, sinon par le passé comme en matière de retour conventionnel, du moins pour le présent et l'avenir, la chose donnée rentre alors dans le patrimoine du donateur et ne saurait manifestement être considérée comme existant en même temps dans celui du donataire.

Il est, en effet, admis par la jurisprudence et par la très grande majorité de la doctrine (1) que les

(1) Cass. 8 mars 1858 (D. 1858. I. 97) et 26 mars 1866 (D. 1866. I. 596). — V. Demante et Colmet de Santerre, *Cours anal. de Code civ.*, t. IV, n° 52 *bis*, II et suiv. — Demolombe, *Cours de Cod. civ.*, t. XIX, n°s 126 et suiv. — Troplong, *Code civ. expliqué*, t. XI, n° 952. —

biens soumis à un droit de retour sont exclus de la masse d'après laquelle il s'agit de calculer la réserve des ascendants. C'est d'ailleurs l'interprétation exacte de l'article 922 du Code civil qui donne les règles de ce calcul. La question ne peut pas se poser, est-il besoin de le faire observer, pour le calcul de la réserve des descendants, leur présence étant un obstacle à l'ouverture du retour légal.

Ce point étant acquis, il va être facile, en discutant par analogie, de réfuter les arguments de texte des partisans du premier système. Ils se basaient, avons-nous vu, sur le nouvel article 767 déclarant que le calcul de la part d'usufruit du conjoint survivant « sera opéré sur une masse faite de tous les biens existant au décès du *de cujus* ». Comment peut-on soutenir, disaient-ils, que les biens, formant l'objet d'un droit de retour légal, ne rentrent pas dans cette formule compréhensive ?

Il suffit de répondre, comme le fait M. Charmont (1), que la disposition précise de l'article 767 ne fait elle-même que reproduire celle de l'article 922. D'après ce dernier article, « la réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur... » Ce sont les mêmes termes « biens existant » qu'emploie l'article 767 ; ils doivent avoir dans l'un et l'autre cas la même portée. Or, nous venons de voir comment

Laurent, *Principes de droit civil*, t. XII, nos 30 et 33. — Huc, *op. cit.*, t. VI, n° 149. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. I, n° 749. — Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 3086. — V. en sens contraire : Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4^e édit., t. VII, n° 687.

(1) *Op. cit.*

on interprète l'article 922 : on exclut de la masse de calcul tous les biens soumis à un droit de retour. On doit, semble-t-il, suivre la même règle pour la formation de la masse de calcul de l'article 767.

En effet, la loi de 1891, qui a emprunté les termes mêmes de l'article 922, a plutôt restreint qu'étendu les règles tracées par cet article pour la composition de la masse, et elle ne peut être interprétée comme ayant voulu donner un sens plus large à ces règles. Par conséquent, puisque l'article 767 restreint la composition de la masse de calcul dans des limites plus étroites que celles de l'article 922, les biens de la succession anormale seront, dans le cas qui nous occupe, *a fortiori* exclus de cette masse, cette exclusion étant déjà reconnue dans le cas moins restreint de l'article 922.

La Cour de Nancy, dans l'arrêt que nous avons examiné précédemment, avait déjà prévu cette objection à son système ; elle avait cherché à la repousser en prétendant que la différence entre la situation de l'article 922 et celle de l'article 767 suffisait pour permettre d'interpréter différemment les termes identiques de ces deux articles.

« Attendu, dit-elle, que l'on chercherait à tort un argument d'analogie dans l'opinion de certains auteurs qui enseignent que les biens donnés ne peuvent entrer dans le calcul de la quotité disponible ; que cette prétendue analogie entre deux situations différentes est, en effet, bien plus apparente que réelle ; que cette doctrine, qui du reste n'est pas unanime, outre qu'elle ne peut infirmer ni le texte, ni l'esprit de la loi, pourrait peut-être rencontrer une

application utile dans le calcul de la quotité disponible qui fixe définitivement les droits en pleine propriété de l'héritier réservataire dans la succession à laquelle il est appelé, mais qu'elle ne présente plus le même intérêt pour le calcul de l'usufruit du conjoint survivant, dont le but est d'assurer à celui-ci une position analogue à celle qu'il avait pendant le cours de l'union conjugale, dont la durée est essentiellement temporaire, et qui doit nécessairement se réunir un jour à la nue propriété entre les mains des héritiers, lesquels, ayant un danger moindre à courir, n'ont pas besoin de la même protection... »

Cette observation est fort exacte, mais cependant, dit-on, la différence entre les deux situations ne paraît pas suffisante pour interpréter différemment des termes identiques et pour expliquer que, dans un cas, les biens soumis à un droit de retour soient des biens existants et qu'ils ne le soient pas dans l'autre. L'argument d'analogie ne perd rien de sa portée.

Mais de plus les partisans de cette seconde théorie que nous exposons détruisent encore un autre argument de textes présenté par leurs adversaires. Nous avons vu ces derniers insister sur la place occupée dans l'article 767 par les mots « sans préjudicier ni aux droits de réserve ni aux droits de retour » et en conclure que les biens de la succession anormale sont exclus de la masse d'exercice mais compris dans la masse de calcul.

Cependant, leur répond-on, cette conclusion est logiquement inadmissible, car on ne peut pas invoquer d'argument *a contrario* pour déroger au droit

commun. Sans doute, comme on l'a dit, la phrase sur laquelle on raisonne, deviendra alors inutile, mais l'inutilité de cette mention a été parfaitement remarquée par la Chambre des députés et la mention fut supprimée. Elle a été rétablie ensuite par le Sénat pour prévenir toute équivoque et rassurer ceux qui craignaient de voir le droit du conjoint survivant porter atteinte à la réserve ou aux droits de retour. M. Delsol l'explique en ces termes, à la séance du 2 décembre 1890, au Sénat : « Au cours des explications que j'ai eu l'honneur de donner au Sénat comme rapporteur, j'ai eu l'occasion de dire et répéter que le droit d'usufruit accordé par la loi nouvelle au conjoint survivant ne doit préjudicier ni aux droits de réserve ni aux droits de retour. Plusieurs de nos honorables collègues et notamment M. Humbert, nous ont fait observer que la proposition de loi ne le dit pas expressément et que c'est là un silence regrettable. Votre commission n'avait pas cru devoir s'exprimer à ce sujet dans son texte, parce que l'application pure et simple du droit commun conduisait au même résultat. Et, en effet, du moment que le projet de loi ne disait pas que les droits de réserve et les droits de retour ne pourraient pas être atteints par l'usufruit du conjoint, la conclusion évidente était que ces droits étaient intégralement maintenus. Mais il a suffi que des doutes pussent s'élever dans quelques esprits et qu'un certain nombre de nos collègues aient exprimé le désir que ce maintien fut expressément visé dans le projet, pour que votre commission leur donne satisfaction, ce qu'elle fait en ajoutant simplement les

mots « sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour (1). »

Par conséquent cette addition n'a eu pour but que de rappeler que la disposition de la loi nouvelle ne devait porter aucune atteinte à l'exercice des droits de réserve et de retour, « une autre interprétation, ainsi que le fait remarquer la Cour de Paris, aurait pour conséquence, en modifiant la composition de la masse, de faire en certains cas exercer l'usufruit légal sur un total de valeurs supérieur à l'actif réel et disponible de la succession ».

En somme, en cette occasion, le mieux a peut-être été l'ennemi du bien ; en voulant éviter une difficulté qui ne se serait probablement pas présentée, on en a suscité une autre.

En résumé, jusqu'ici, les partisans de ce second système se sont basés sur un argument d'analogie et sont parvenus à réfuter les principaux arguments de textes de leurs adversaires. Mais ils ont été encore plus loin dans leur démonstration : ils ont cherché à prouver que la solution opposée conduirait à un résultat contraire à l'équité. L'idée du législateur n'est-elle pas, disent-ils, de faire peser le droit de jouissance du conjoint sur une quote-part de l'hérité disponible. Pour connaître le montant de ce disponible, il faut donc déduire de l'actif laissé par le défunt les biens composant la succession anormale,

(1) V. la déclaration de M. Delsol au Sénat, séance du 18 novembre 1890, *Journal officiel*, du 19, débats parlem., p. 1046, et la modification apportée au texte par la Commission sénatoriale à la demande de M. Humbert, le 2 décembre 1890, *Journal officiel*, du 3, débats parlem., p. 1105.

sinon le conjoint bénéficierait de leur présence dans la masse héréditaire, puisqu'ils serviraient à augmenter le *quantum* de son droit, alors qu'ils ne pourraient en être l'objet, et, en procédant ainsi, les héritiers ordinaires pourraient ne rien recueillir en jouissance. Supposons, en effet, qu'un ascendant ait fait une donation de quarante mille francs au *de cujus*. Celui-ci meurt sans postérité et laisse une fortune de quatre-vingt mille francs ; l'ascendant donateur opère la reprise des quarante mille francs qu'il a donnés. Le droit d'usufruit du conjoint s'élevant à la moitié dans cette hypothèse, si on compte dans la masse la valeur soumise au droit de retour, le conjoint pourra prélever quarante mille francs en usufruit et les héritiers ne recueilleront que la nue propriété. Ce résultat est évidemment inacceptable, car, « si le but de l'article 767, dit la Cour de Paris, a été, à défaut de testament contraire, d'assurer à l'époux survivant des aliments conformes à son état et même une situation meilleure que celle résultant du simple partage de la communauté, cet avantage exceptionnel ne peut être étendu au préjudice des héritiers du sang par l'application d'autres dispositions de loi non explicites et contrairement au droit commun ».

Par conséquent, les biens soumis au retour légal doivent être, vis-à-vis du conjoint survivant, complètement en dehors de la succession.

M. Floucaud-Pénardille (1) signale cependant un cas où, par exception, ces biens devraient entrer

(1) *Op. cit.*, n° 132.

dans la masse de calcul. Il faut pour cela supposer qu'ils ont été donnés ou légués en avancement d'hoirie par le *de cuius* qui en était donataire ; ils seront alors l'objet d'un rapport fictif auquel sont tenus tous les successibles pour les avantages non préciputaires à eux consentis. Mais cela même est en réalité bien moins une exception que l'application du droit commun, car, par l'effet de la donation qui les a distraits de la fortune de celui en faveur duquel l'ascendant donateur a fait la libéralité, ils ont perdu le caractère primitif de biens donnés susceptibles de servir d'objet à la succession anormale. Effectivement, ils ne se retrouvent plus dans la succession du *de cuius*, ce qui est la condition exigée par la loi pour qu'il y ait ouverture au droit de retour légal ; par suite, ils doivent, comme les autres biens, tomber sous l'application de la loi de 1891.

SECTION III

Quelle théorie faut-il adopter ?

On se trouve donc ainsi en présence de deux solutions diamétralement opposées et basées l'une et l'autre sur des arguments sérieux. La seconde opinion, consacrée par la Cour de cassation, paraît détruire facilement les objections de ses adversaires ; cependant si nous nous décidons à l'adopter, ce ne sera guère que pour des raisons autres que celles qui ont été présentées jusqu'ici. Les arguments mis

en avant par ce système sont, en effet, loin d'être inattaquables.

Malgré la force que ses partisans veulent donner à l'argument d'analogie tiré de l'article 922, on peut cependant remarquer que si des raisons spéciales permettent d'exclure les biens soumis au retour de la masse destinée au calcul de la réserve, ces mêmes raisons ne se retrouvent pas quand il s'agit de calculer l'usufruit du conjoint survivant. La réserve est un droit de succession *ab intestat*, elle n'est autre chose qu'une partie de cette succession déférée d'autorité par la loi et protégée par là même contre les libéralités du défunt. Elle ne peut donc porter que sur des biens qui iraient par voie de dévolution successorale aux héritiers réservataires en l'absence de libéralités. Par suite, pour calculer la réserve, on ne doit pas tenir compte des biens qui ne seraient pas destinés à aller aux héritiers réservataires en l'absence de libéralités. C'est précisément le cas des biens soumis à un droit de retour. Ils font l'objet d'une dévolution héréditaire séparée, pour laquelle on n'envisage que l'origine des biens, contrairement aux règles ordinaires. En l'absence de libéralités, ces biens ne seraient pas attribués aux réservataires, et cela suffit pour expliquer qu'on ne les doive pas compter pour le calcul de la réserve.

Il en est ainsi, quoique ces biens rentrent dans la catégorie des « biens existants », par une dérogation implicite aux termes généraux de l'article 922, justifiée par la nature spéciale de la réserve.

Un motif analogue ne se trouvant pas à propos du calcul de l'usufruit de l'époux survivant, il

semble que l'on est autorisé à conclure qu'il n'y a pas lieu d'apporter une semblable exception aux termes de l'article 767, paragraphe 6. A la différence du calcul de la réserve, pour lequel on ne tient compte que des biens sur lesquels elle doit pouvoir porter, la loi de 1891 a admis d'une façon normale que certains biens, comptés pour le calcul de l'usufruit, ne le seraient plus pour assurer son exercice. Il en est ainsi très certainement pour les biens destinés à remplir les héritiers de leur réserve et pour les biens soumis au rapport. Pourquoi en serait-il autrement de ceux qui dépendent d'une succession anormale, alors surtout que, dans son paragraphe 7, l'article 767 place les droits de retour sur la même ligne que les droits de réserve ?

On voit par ce rapide aperçu que le principal argument du second système est loin d'être inattaquable, et peut-être pourrait-on encore faire certaines objections à d'autres raisonnements employés dans ce système (1).

Il est donc bien difficile de se prononcer pour une solution plutôt que pour l'autre, si on ne s'appuie que sur les arguments que nous venons d'examiner de part et d'autre, et il est bon de remarquer à cette occasion que la Cour de cassation, tout en adoptant le second système, ne se base sur aucun de ces arguments. C'est que dans toute cette discussion, en effet, on semble apercevoir, ainsi que l'a fait la Cour suprême, que la solution cherchée est

(1) V. le rapport de M. le conseiller Falcimaigne (arrêt de Cass. précité, D. 1904, I. 33).

subordonnée à une question plus générale, c'est-à-dire à la question de savoir si la succession anormale, à laquelle le droit de retour donne ouverture, doit être considérée comme une succession distincte de la succession ordinaire ou s'il n'y a, au contraire, qu'une seule succession dans laquelle les biens du défunt sont attribués à raison de leur origine à des héritiers différents.

Si l'on décide, comme nous allons le faire à la suite de la Cour de cassation, qu'il y a deux successions distinctes : l'une, la succession anormale, composée de biens soumis au retour ; l'autre, la succession ordinaire, comprenant les biens libres, il en résultera que les biens grevés du droit de retour diffèrent des autres et ne doivent pas être compris avec eux dans la masse réunie fictivement pour calculer le montant de l'usufruit du conjoint.

Mais si la question, à laquelle nous subordonnons le problème que nous cherchons à résoudre, est elle-même discutable et interprétée en différents sens, la solution que nous désirons ne nous apparaîtra pas plus rapidement. Le dualisme des successions, en effet, bien qu'admis par la grande majorité des auteurs et reconnu par la presque unanimité de la jurisprudence (1), n'est pourtant pas établi d'une façon complètement certaine. Aussi convient-il de rappeler que le but final que nous poursuivons dans

(1) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. I, n° 748. — Laurent, *op. cit.*, t. XII, p. 47. — Demolombe, *Successions*, t. II, n° 127. — Huc, *op. cit.*, t. I, n° 131. — Bouvier-Bangillon, *Revue générale*, 1892, p. 150, etc. — V. en sens contraire : Guénée, *Revue critique*, 1892, p. 465.

cet ouvrage est d'établir le caractère spécial du retour successoral, que nous considérons comme une succession d'une nature particulière par le seul fait qu'elle repose sur une convention présumée. Or supposons faite dès maintenant la démonstration de ce caractère, qui a échappé jusqu'ici à l'étude de bien des auteurs; il est dès lors évident que la succession, à laquelle donne ouverture le retour successoral, possède une nature toute spéciale, et qu'elle se distingue pleinement de la succession ordinaire. C'est là un point auquel nous conduit inéluctablement notre théorie. En conséquence, le dualisme des successions devenant ainsi un fait certain, il est facile de résoudre maintenant le problème que nous subordonnons à cette question plus générale.

Puisqu'il y a dans notre hypothèse deux successions distinctes, l'une composée de biens libres, l'autre de biens grevés, il en résulte qu'il ne faut pas confondre ces biens dans la même masse, par conséquent que les biens soumis au droit de retour ne doivent jamais faire partie de la masse de calcul de l'usufruit du conjoint survivant.

Nous adoptons ainsi la solution de la Cour de cassation, c'est-à-dire celle du second système que nous avons exposé; mais, pour parvenir à ce résultat, il nous a fallu rechercher plus haut un principe directeur, dont l'application permet de se prononcer avec certitude lorsqu'on se trouve en présence du retour successoral.

Remarquons d'ailleurs que cette subordination de la question qui nous occupe à celle du dualisme des successions a été saisie par la jurisprudence que nous

avons étudiée. La Cour de Nancy a bien, malgré sa solution, admis le dualisme, mais elle ne l'a pas considéré comme absolu. Quant aux Cours de Poitiers, de Paris, elles ont exclu de la masse de calcul les biens soumis au retour légal, non seulement en raison des arguments déjà présentés, mais aussi parce qu'elles considéraient que les biens grevés de ce retour formaient une masse absolument distincte de la succession ordinaire, masse identique, à cet égard, à la masse active qui reviendrait au donateur par l'effet résolutoire du retour conventionnel.

Mais c'est la Cour de cassation, surtout dans son arrêt déjà cité du 22 juillet 1903, qui a le mieux compris l'importance, dans le cas présent, de la question du dualisme des successions, qu'elle paraît avoir considéré avec raison comme le seul moyen de résoudre le problème posé, tous les autres arguments étant en général d'une valeur plus ou moins contestable, ainsi que le fait remarquer dans son rapport M. le conseiller Falcimaigne.

« Attendu, dit en effet la Cour suprême, que le droit de retour légal forme en dehors de la succession ordinaire une succession privilégiée, dont la dévolution s'opère en vertu d'une vocation spéciale et qui a pour objet une classe particulière de biens; que ces biens prélevés par l'ascendant donateur avant tout partage ne peuvent être confondus avec les valeurs de la succession générale attribuée à tous les héritiers; que les parts respectives de ceux-ci ne peuvent être calculées que sur les biens qui composent cette dernière succession, après le prélèvement opéré par l'ascendant en vertu de l'article 747 du Code civil... »

La solution est donc la même, qu'il s'agisse du retour légal ou du retour conventionnel ; c'est bien la reconnaître que ces deux droits de retour ne sont pas formellement opposés et irréductibles l'un à l'autre et cette constatation nous servira plus tard à fortifier notre théorie sur la nature contractuelle du retour de l'ascendant donateur, théorie à laquelle il est nécessaire de faire appel pour établir, avec certitude, le dualisme des successions et prouver par suite l'exclusion des biens soumis à ce retour de la masse de calcul de l'usufruit de l'époux survivant.

Cependant la Cour de cassation, pour appuyer sa décision, n'a pas eu recours à notre système sur la nature contractuelle du retour légal. Elle a suivi en cela les théories de M. le procureur général Baudoin qui, ainsi que nous le verrons, repousse notre thèse, mais se prononce pourtant nettement en faveur du dualisme des successions dans ses conclusions précédant l'arrêt de cassation dont il s'agit. Il nous semble que c'est un tort, car, pour nous, si on ne remonte pas, comme nous le faisons, aux principes mêmes qui régissent le retour légal, ce dualisme ne sera jamais un fait assez évident pour lui subordonner ainsi la solution d'un problème aussi délicat que celui que nous venons d'examiner jusqu'ici.

DEUXIÈME PARTIE

L'ascendant donateur peut-il stipuler le retour conventionnel de manière à permettre au conjoint survivant de son enfant donataire d'exercer son droit d'usufruit sur les biens donnés ?

Dans l'étude que nous venons de faire de la première difficulté soulevée par les rapports du droit de retour et du droit d'usufruit que la loi de 1891 accorde au conjoint survivant, nous avons, entre autres choses, établi le point suivant : c'est que l'usufruit de l'époux survivant ne doit jamais s'exercer sur les biens soumis à un droit de retour quelconque. Cependant, il est un cas spécial où l'on se demande s'il ne conviendrait pas de s'écarter exceptionnellement de cette règle. Il s'agit du cas où le titulaire du droit de retour a lui-même, lors de la donation, renoncé à conserver la pleine propriété à laquelle il a droit sur les biens

qui lui feront retour, cédant par exemple à une autre personne la jouissance de ses biens et ne se réservant qu'un droit de nue propriété. La validité d'une semblable convention ne se discute pas quand on est uniquement en présence du retour conventionnel, puisque ce droit est entièrement créé par la volonté des parties qui peuvent en régler les conséquences à leur gré. Mais la question est fort délicate quand on envisage le retour successoral accordé à l'ascendant donateur par l'article 747 du Code civil.

Il arrive, en effet, assez fréquemment que cet ascendant, prévoyant la mort prématurée et sans postérité de son enfant qu'il a gratifié, ne veuille pas, par l'exercice complet et intégral de son droit de retour, diminuer, dans des proportions qui peuvent être considérables, parfois même totales, le droit d'usufruit accordé par la loi au conjoint de son enfant prédécédé; dans la crainte de voir ainsi le droit de jouissance de ce dernier devenir presque illusoire, il renonce d'avance en sa faveur, lors de la donation, à l'usufruit des biens soumis au retour; autrement dit, il stipule le retour conventionnel et permet au conjoint survivant d'exercer son usufruit légal sur les biens soumis au droit de retour. Une telle dérogation à la règle que nous avons posée est-elle possible? C'est la question assez complexe qu'il nous faut maintenant résoudre.

Nous allons d'abord exposer nettement la question au point de vue théorique et au point de vue pratique; nous examinerons ensuite les décisions de jurisprudence qui y sont relatives; nous serons ainsi amené à critiquer la solution donnée par la Cour de

cassation et, pour repousser cette décision néfaste, il nous faudra de nouveau recourir à notre théorie sur la nature du retour successoral, qui nous a déjà permis de donner une solution exacte au premier problème que nous nous sommes posé.

CHAPITRE PREMIER

Exposé de la question.

SECTION PREMIÈRE

Exposé théorique.

Dans la clause litigieuse, dont nous venons de donner un rapide aperçu, l'ascendant donateur, au lieu de s'en tenir au droit de retour légal que lui confère l'article 747, stipule en outre le retour conventionnel. On se trouve donc en présence à la fois du retour légal et du retour conventionnel. L'un de ces droits doit-il l'emporter sur l'autre, ou bien doivent-ils se combiner entre eux dans une certaine mesure ? En un mot y a-t-il opposition entre eux ? Telle est, au point de vue théorique, la question soulevée par l'examen de la clause dont nous nous occupons.

Il importe donc, pour l'exposé plus complet de cette question, de rappeler brièvement certains principes de notre droit en cette matière.

Le retour conventionnel, établi par les articles 951 et 952 du Code civil, constitue une condition résolutoire de la donation : le donataire devient propriétaire sous la condition résolutoire de survie du donateur. Si justifiable qu'elle soit, la clause de retour conventionnel n'en déroge pas moins au droit commun ; c'est pourquoi elle ne peut résulter que d'une stipulation formelle insérée dans le contrat. Le retour s'opère en vertu de cette clause en cas de réalisation de la condition. Il repose sur la volonté conforme du donateur et du donataire ; il a donc pour base une convention ; de là son nom de retour conventionnel.

Mais à côté de ce retour que l'on peut créer dans toute donation, il en existe un autre que la loi établit directement dans certaines hypothèses déterminées, sans que les parties aient à recourir à aucune stipulation, d'où son nom de retour légal. Il y a exactement trois cas d'application de ce droit :

1^o L'article 351 du Code civil crée, au profit de l'adoptant et de ses descendants, un droit de retour s'exerçant sur les biens donnés par l'adoptant à l'adopté, en cas de prédécès de l'adopté sans descendants légitimes.

2^o L'article 766 donne aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel décédé sans postérité, un droit de retour sur les choses données à cet enfant par les père et mère et en cas de prédécès de ceux-ci.

3^o Enfin l'article 747 crée, au profit de l'ascendant donateur, un droit de retour s'exerçant sur les choses données par l'ascendant à un descendant mort sans postérité ; on l'appelle ordinairement retour successoral.

Ce dernier cas est le plus ancien et aussi de beaucoup le plus fréquent ; c'est lui qui a donné naissance à la difficulté que nous examinons ; aussi est-ce celui-ci seul que nous allons étudier et comparer au retour conventionnel.

Le retour légal et le retour conventionnel paraissent au premier abord différer par leur base même : le premier est une véritable dévolution héréditaire ; le donateur hérite de son descendant sans que la propriété de celui-ci soit effacée dans le passé ; le second, au contraire, repose sur une condition résolutoire insérée dans la donation et, lors de l'arrivée de cette condition, les biens donnés reviennent au donateur par l'anéantissement rétroactif du titre du donataire, ce qui fait que ces biens sont censés n'être jamais sortis du patrimoine du donateur.

De cette opposition de nature découlent les deux conséquences suivantes :

1° Le retour conventionnel fait tomber toutes les aliénations et charges réelles consenties par le donataire ou nées de son chef, tandis que le retour légal les laisse subsister et ne s'applique qu'aux biens donnés qui restent en nature dans le patrimoine du donataire.

2° Le donateur qui exerce le droit de retour conventionnel, reprenant les biens donnés à titre de propriétaire, ne contribue pas au paiement des dettes de la succession du donataire, tandis que le donateur qui exerce le retour successoral doit y contribuer au *prorata* de son émolument.

Telle est l'opposition que l'on remarque entre les deux retours. En présence de cette opposition, cer-

tains auteurs ont conclu qu'aucun rapport ne pouvait exister entre ces deux institutions irréductibles l'une à l'autre.

Or, dans la clause litigieuse que nous étudions, ces deux droits de retour sont en présence et l'un d'eux vient même restreindre les effets de l'autre.

Mais ici une distinction s'impose. Le retour conventionnel peut être adjoint au retour légal, soit pour étendre, soit pour restreindre les effets de celui-ci et sa portée d'application. Dans le premier cas, il n'y a aucune difficulté : le retour légal subsiste tel que l'a établi la loi ; aucun de ces effets ne disparaît, ils sont seulement étendus ; le retour conventionnel n'est donc pas en opposition avec lui, il ne le modifie pas et ne lui porte pas atteinte ; il vient, pour ainsi dire, se joindre à lui et créer à côté des effets et des cas d'application résultant de la loi, d'autres effets et d'autres cas d'application qui dérivent uniquement de la volonté des parties.

Un exemple fera parfaitement saisir ce raisonnement.

D'après l'article 747, le retour légal ne s'ouvre au profit de l'ascendant que lorsque le descendant donataire prédécède sans postérité, tandis que, d'après l'article 951, le donateur peut stipuler le retour conventionnel non seulement en cas de prédécès du donataire sans postérité, mais aussi en cas de prédécès du donataire et de ses descendants. Supposons donc qu'un ascendant donateur ne se contente pas du retour légal et stipule le retour conventionnel avec la clause que nous venons de mentionner. Il est évident que dans ce cas le retour légal n'est pas

atteint : l'ascendant ne modifie aucun de ses effets, ne renonce à aucun de ses résultats; mais, en plus, le retour conventionnel vient, en complétant l'article 747, donner de nouveaux droits plus étendus au donateur. Ce cas est très fréquent en pratique et son application n'a jamais pu donner lieu à aucune difficulté.

Mais il est d'autres cas où le retour conventionnel vient, non plus augmenter, mais modifier et restreindre les effets et la portée du retour légal. La situation change alors complètement, car ici se remarque toute l'opposition que nous avons découverte entre les deux droits de retour. Le retour conventionnel n'apparaît plus comme un simple complément du retour légal; il vient au contraire s'attaquer à lui pour restreindre sa portée d'application et diminuer ses effets.

C'est exactement ce qui a lieu dans la clause dont nous examinons ici la validité. Le retour conventionnel diminue bien les effets du retour successoral, puisque l'ascendant permet au conjoint survivant de son enfant donataire d'exercer son usufruit légal sur les biens donnés; la loi attribue à l'ascendant la pleine propriété de ces biens et la convention vient réduire ce droit du donateur à la nue propriété.

Il est certain que si on admet dans toute son étendue l'opposition signalée entre les deux droits de retour, il faudra prononcer la nullité de la clause litigieuse comme constituant un pacte sur succession future, puisque la convention vient par avance modifier et restreindre les effets du retour successoral établi et régi par la loi ainsi que toute succession.

Par conséquent, au point de vue théorique, le problème que nous étudions se résume dans la question de savoir s'il faut admettre dans toute son étendue l'opposition que nous avons découverte entre les deux droits de retour, ou s'il ne faut pas plutôt reconnaître qu'on a exagéré la portée de cette opposition et que les deux institutions ne sont pas foncièrement irréductibles l'une à l'autre. Ce n'est qu'en restreignant la portée de cette opposition que l'on peut arriver à valider la clause litigieuse; aussi, pour arriver à atteindre ce but désirable, verrons-nous bientôt que la seule théorie applicable est celle que nous allons développer plus loin, théorie qui reconnaît que le retour successoral est fondé sur une convention présumée, et attribue ainsi à ce droit une nature contractuelle. L'opposition entre les deux institutions disparaîtra ainsi naturellement et rien ne s'opposera plus à ce que la convention des parties vienne restreindre les effets du retour légal.

Mais, avant de chercher à établir cette théorie, il faut nous transporter sur le terrain pratique pour y étudier l'importance et le mode de rédaction fréquemment employé de la clause litigieuse.

SECTION II

Exposé pratique.

Cette clause est insérée ordinairement dans les contrats de mariage par l'ascendant qui dote un de ses enfants ou petits-enfants. Par la seule application de l'article 747, il est vrai, cet ascendant a déjà droit

au retour légal, c'est-à-dire que, sans qu'il ait besoin de recourir à aucune stipulation, les biens qu'il a donnés doivent lui revenir en pleine propriété en cas de prédécès du donataire sans postérité. Cependant, le plus souvent, le donateur ne se contente pas de ce droit que lui accorde la loi et il stipule en outre le retour conventionnel.

Ce dernier droit présente, en effet, sur le retour successoral, deux avantages principaux qui ressortent clairement de la comparaison précédemment établie entre ces deux institutions : d'une part, la convention peut élargir au gré des donateurs les conditions d'application du droit de retour, par exemple en appliquant ce droit non seulement en cas de prédécès du donataire seul sans postérité, mais aussi en cas de prédécès du donataire et de ses descendants ; d'autre part, les effets du retour conventionnel sont plus énergiques que ceux du retour successoral, puisque ce premier droit se réalise à l'encontre des tiers acquéreurs des biens donnés et s'oppose aux créanciers du donataire.

Cependant, sous ce dernier rapport, le caractère de condition résolutoire inhérent au retour conventionnel, pourrait dépasser dans ses conséquences la volonté du donateur. Aussi, quand la libéralité est faite par contrat de mariage à un futur époux, le donateur stipule ordinairement qu'il prétend laisser au donataire la faculté de disposer gratuitement des biens donnés au profit de son conjoint, du moins dans une certaine mesure et notamment pour l'usufruit. Une semblable disposition est assurément valable. En effet, il s'agit d'un droit de retour établi

par la volonté des parties, et celles-ci sont évidemment libres de régler comme elles l'entendent les effets de leur convention et de restreindre de la sorte les droits de l'une d'elles. D'ailleurs cette clause ne contrevient pas aux règles du retour légal, car elle rétablit, au contraire, une conséquence partielle de ce retour, puisqu'elle laisse ainsi subsister un acte de disposition des biens donnés consenti par le donataire.

Aussi cette disposition était-elle très fréquente dans les contrats de mariage avant la loi de 1891. Elle était conçue ordinairement en ces termes : « Toutefois cette réserve du droit de retour ne fera pas obstacle à l'exercice des reprises de la future épouse, non plus qu'à l'effet de toutes libéralités viagères ou en usufruit que le futur époux pourrait faire au profit de la future épouse, même avec dispense de caution ou d'emploi (1). »

Mais l'utilité de semblables dispositions diminua considérablement quand la loi de 1891 vint accorder à l'époux survivant, même en présence des héritiers les plus favorables, un droit d'usufruit sur une partie de la succession de son conjoint prédécédé. Depuis cette loi, les donateurs furent alors portés à laisser ce droit d'usufruit s'exercer de préférence à leur droit de retour, acceptant ainsi la diminution, sinon la disparition éventuelle de celui-ci. Ils ont agi de la sorte, en général, dans la crainte de voir le droit d'usufruit de l'époux survivant devenir souvent illusoire, faute de biens sur lesquels il pourrait s'exercer.

(1) Amiaud, *Traité formulaire du notariat*, t. II, v^o Donation par contrat de mariage, formule XXII *in fine*, p. 148.

En effet, les biens donnés par l'ascendant à l'époux prédécédé constituent souvent un élément important du patrimoine de ce dernier, de telle sorte qu'en enlevant à la masse d'exercice de l'usufruit du conjoint les biens soumis au retour, la loi restreint considérablement et parfois même anéantit en fait la valeur de cet usufruit. Aussi les ascendants dotant un de leurs enfants par contrat de mariage et stipulant le retour conventionnel, ainsi que nous venons de le voir, prirent l'habitude, en outre, de renoncer, pour le cas où s'ouvrirait leur droit au retour, à exercer à l'encontre du conjoint survivant l'usufruit sur les biens donnés.

Ces renonciations furent insérées dans des clauses diversement conçues.

On trouve certaines clauses réservant formellement, à l'encontre du retour stipulé, le droit de succession du conjoint survivant et rédigées à peu près en ces termes : « La réserve de droit de retour ne fera pas obstacle aux donations en usufruit que les futurs époux pourront se faire pendant le mariage, non plus qu'aux avantages pouvant résulter, en faveur du conjoint survivant, de l'article 767 du Code civil (1). »

D'autres clauses plus générales faisaient passer avant le droit de retour tous avantages ou dispositions entre époux pouvant résulter, soit du contrat de mariage, soit de la loi. « La réserve du droit de retour, portaient-elles, ne fera pas obstacle à l'exécution de toutes donations et dispositions en usu-

(1) *Revue du notariat*, 1899, t. XL, n° 10181, formule ix, p. 107.

fruit que les époux pourraient se faire pendant le mariage, ni à l'effet de tous autres avantages et dispositions qui pourrait résulter au profit desdits futurs époux, soit du présent contrat de mariage, soit de la loi. »

Cette dernière formule vise évidemment avant tout l'application du nouvel article 767, mais elle comprend aussi éventuellement la réserve d'autres avantages légaux moins saillants, peut-être même celle de droits entre époux pouvant provenir de lois postérieures au contrat.

Quelle qu'ait été exactement la rédaction de ces formules, toutes appliquaient fidèlement l'esprit de la loi de 1891. Nous savons que le but de cette loi a été d'assurer à l'époux survivant une situation pécuniaire honorable, en lui garantissant les ressources indispensables à la dignité de son veuvage. Or, n'est-ce pas cette même pensée qui a provoqué la rédaction de ces clauses par lesquelles le donateur consent bénévolement à diminuer son droit de retour, afin de laisser au conjoint du donataire prédécédé des biens en quantité suffisante pour qu'il puisse exercer sur eux tout l'usufruit que lui accorde la loi nouvelle (1) ?

« Dans certaines circonstances de fait, d'ailleurs, comme le dit M. Gény (2), la réserve de l'usufruit successoral, au regard du droit de retour, répond à cette exigence de l'égalité dans les situations respectives, que nos idées et nos mœurs tiennent pour

(1) V. *Revue du notariat*, 1900, t. XLI, p. 246-247.

(2) Note de M. Gény, sous arrêt de Cass., du 2 juillet 1903, *Pand. franç.*, 1903. I. 498, col. 1.

essentielle en matière de stipulations matrimoniales. Que l'un des futurs, ayant recueilli les successions paternelle et maternelle, fasse, avec sa fortune personnelle, tous ses rapports, tandis que ceux de l'autre ne proviennent que d'une constitution de dot reçue de ses parents encore vivants, n'est-il pas équitable qu'en contre-partie de l'usufruit successoral assuré sur les biens du premier dans les conditions de l'article 767 du Code civil, la dot de l'autre soit soumise, sans obstacle venant du droit de retour, à l'éventualité correspondante, de telle sorte qu'à défaut de dispositions contraires du prémourant, que n'empêche pas l'article 767, chacun des époux eût, pour le cas de survie, les mêmes espérances respectivement à son conjoint ? »

Par conséquent, la clause que nous étudions répondait à une nécessité évidente et on s'explique l'usage si fréquent qui en était fait dans la pratique notariale, principalement à Paris ; c'était une véritable clause de style que l'on retrouvait dans la plupart des contrats de mariage. Les intéressés comptaient sur son effet et se dispensaient ainsi de ces libéralités entre époux, palliatifs qui, sans cette stipulation, eussent été nécessaires pour réaliser leurs vœux et que la loi de 1891 avait pour but de diminuer en les rendant superflus (1).

Cependant, c'est une disposition de cette nature que la Cour de cassation vient à deux reprises de condam-

(1) V. le rapport de M. Delsol au Sénat, *Journal officiel*, du 4 mars 1877, p. 1666, col. 3, et p. 1667, col. 1, et le discours de M. Delsol dans la discussion au Sénat, le 6 mars 1877, *Journal officiel*, du 7 mars 1877, p. 1737, col. 2-3.

ner formellement, portant ainsi une grave atteinte aux nombreux intérêts pratiques qui avaient contribué à l'introduction de semblables stipulations. Mais c'est précisément cette antinomie entre l'intérêt pratique et la décision de la Cour suprême, qui doit nous mettre en garde contre l'exactitude de cette jurisprudence. Aussi, avant de chercher à établir une théorie capable de valider la clause litigieuse, importe-t-il d'examiner attentivement les décisions récentes de la jurisprudence relative à cette question.

CHAPITRE II

Examen critique de la jurisprudence relative à la question.

SECTION PREMIÈRE

Relation et examen des différentes décisions de jurisprudence.

C'est à une date assez récente, en 1899, que s'est présentée, pour la première fois, devant les tribunaux, la question de validité de la clause que nous examinons, clause par laquelle l'ascendant donateur stipule le retour conventionnel, de manière à permettre au conjoint survivant de son enfant donataire, d'exercer son droit d'usufruit légal sur les biens donnés. Il ne faut pas s'étonner de l'absence, avant cette époque, de toute décision de jurisprudence relative à cette question, car, s'il est fréquent de voir le retour conventionnel étendre la portée d'application du retour successoral, les donateurs étant en général plutôt portés à augmenter leurs droits par la convention qu'à les restreindre, la situation oppo-

sée doit nécessairement être beaucoup plus rare, et il a fallu toute l'importance et tout l'intérêt pratique que nous signalions pour que notre clause litigieuse prît, à la longue, une telle extension et pour que sa validité finit par être contestée devant les tribunaux.

Voici, d'ailleurs, quels sont exactement les faits qui ont donné lieu au procès.

Le 4 juin 1894, devant un notaire de Paris, fut passé le contrat de mariage de M. Roux et de M^{lle} Ménard. Ce contrat constatait l'adoption du régime de communauté réduite aux acquêts et la constitution en dot, par les époux Ménard à leur fille, de certains biens désignés dans le contrat. Le droit de retour de l'article 747 était susceptible de s'appliquer à ces biens, mais, en outre, les époux Ménard stipulèrent le retour conventionnel. L'article 7 du contrat de mariage, relatif à cette stipulation, était ainsi conçu :

« Les époux Louis-Nicolas Ménard, père et mère de la future épouse, se réservent le droit de retour sur les biens par eux donnés pour le cas où la future épouse décéderait avant eux sans postérité et pour le cas encore où les enfants à naître du mariage projeté viendraient eux-mêmes à décéder avant l'un desdits donateurs sans laisser de postérité. Toutefois, cette réserve du droit de retour ne fera pas obstacle à l'exécution de toutes donations en usufruit, même avec dispense de caution et d'emploi, que les futurs époux pourraient se faire au cours du mariage, ni à l'effet de tous autres avantages qui pourront résulter, au profit desdits futurs époux, soit du présent contrat de mariage, soit de la loi. »

Cette clause est bien formulée dans les termes que nous rapportions précédemment. Les ascendants stipulent le retour conventionnel, ce qui leur donne droit au retour, non seulement dans le cas où l'enfant donataire prédécédera sans postérité, mais aussi dans le cas où les enfants à naître du mariage mourront également avant les donateurs. Il n'y a jusqu'ici qu'une extension de la portée d'application du retour légal, par conséquent aucune difficulté ne se présente encore. Mais, en outre, les ascendants accordent à leur fille la faculté de disposer, au profit de son conjoint, de l'usufruit des biens par eux donnés. Cette disposition est également valable, ainsi que nous l'avons vu, puisqu'elle restreint volontairement l'effet d'une réversion conventionnelle et qu'elle rétablit dans celle-ci une conséquence partielle du retour légal. Enfin, les donateurs ajoutent que leur droit de retour ne fera pas obstacle aux avantages pouvant résulter au profit des futurs époux, soit du présent contrat de mariage, *soit de la loi* ; grâce à cette dernière disposition, le conjoint du gratifié pourra donc, s'il lui survit, exercer sur les biens donnés, son usufruit qu'il tient de la loi. C'est ici la partie litigieuse de la clause.

Or, le 7 janvier 1898, M^{me} Roux, la donataire, mourut sans postérité et sans avoir disposé des biens donnés. Le droit de retour sur ces biens s'ouvrit pour les ascendants, mais, d'après la clause du contrat, l'époux survivant, M. Roux, devait pouvoir exercer sur ces mêmes biens son usufruit légal, qui était de moitié dans le cas présent.

Cependant les époux Ménard revendiquèrent la

pleine propriété de ces biens, déclarant qu'ils invoquaient uniquement le retour légal auquel ils avaient droit et que la clause du contrat de mariage, précédemment rapportée, ne pouvait leur être opposée, parce qu'elle contenait un pacte sur succession future prohibé par la loi. Ils voulaient ainsi empêcher leur gendre de se prévaloir de la clause précitée; mais celui-ci s'opposa à cette prétention et réclama l'usufruit que son contrat de mariage avait eu manifestement pour objet de lui attribuer, en complétant en sa faveur la disposition de l'article 767.

La première décision judiciaire du long litige qui s'engagea alors fut un jugement du tribunal de la Seine du 7 janvier 1899, qui débouta les époux Ménard de leur demande et admit l'époux survivant à bénéficier de l'usufruit que la clause reconnue licite lui accordait.

D'après la manière dont la question avait été posée, le point discuté fut nécessairement celui de savoir si le droit de retour, réservé par les ascendants dans leur donation, était légal ou conventionnel. C'est ce dernier caractère que lui a attribué le tribunal de la Seine. Ce tribunal considère, en effet, qu'il n'y a pas lieu de faire intervenir ici la règle prohibant les pactes sur succession future, car, selon lui, les ascendants n'agissent pas à titre héréditaire quand leur revendication résulte d'une convention stipulant le retour sous des modalités déterminées; ils réalisent une donation qui sera rétroactivement résolue par la survenance des conditions prévues et reprennent les biens donnés sans que ces biens aient

été, à aucune époque, la propriété du donataire et sans qu'ils puissent faire partie de sa succession. Il en résulte donc que ce droit de retour ne crée pas un droit successif, mais donne lieu à la revendication d'un droit de propriété, et peut faire l'objet de conventions auxquelles sont inapplicables les dispositions de l'article 791, relatives aux pactes sur succession future.

Appel fut interjeté contre ce jugement et la Cour de Paris se plaça tout naturellement sur le même terrain que la décision attaquée qu'elle confirma par un arrêt du 21 juin 1899. Elle considéra, en effet, et avec plus de précision que le tribunal de la Seine, qu'en présence de l'extension donnée par les époux Ménard au retour successoral, il ne s'agissait plus de ce retour, mais bien du retour conventionnel; la question à trancher ne devenait plus ainsi une question de succession, mais une question de convention régie par l'article 951 et à laquelle on ne saurait appliquer la prohibition des pactes sur successions non ouvertes.

Mais les époux Ménard ne s'en tinrent pas là; ils formèrent un pourvoi en cassation fondé sur la violation et la fausse application des articles 747, 767, 791 et 951 du Code civil. Après avoir entendu un intéressant rapport de M. le conseiller Falcimaigne, où le système du pourvoi et celui de la défense sont minutieusement analysés, la Cour de cassation, par un arrêt du 24 juillet 1901 (1), admit, contrairement

(1) Tribunal de la Seine, Cour de Paris et Civ. cass. : S. 1901. I. 433 (note de M. Lyon-Caen); D. 1901. I. 537 (note de M. Sarrut). — *Pand. franç.*, 1901. I. 521. — *Revue du notariat*, 1901, n° 10793.

à la Cour de Paris, les ascendants donateurs à se prévaloir du retour légal que la convention est toujours impuissante à faire disparaître, quand les circonstances voulues pour l'ouverture de ce retour se trouvent réunies ; en conséquence, la Cour déclara la clause litigieuse nulle, comme constituant un pacte sur succession future, et impuissante à empêcher la reprise immédiate en pleine propriété des biens soumis au retour.

« Attendu, dit nettement la Cour de cassation, que la stipulation du droit de retour conventionnel, faite en conformité de l'article 951 du Code civil, ne peut pas dépouiller les ascendants donateurs du droit de réclamer le retour légal, qui leur est assuré par l'article 747 du même Code, lorsque les circonstances prévues par cet article se trouvent réunies ; — attendu, en effet, que si le premier de ces deux droits rentre, comme son nom l'indique, dans le domaine de la convention... il en est autrement du retour légal ; que celui-ci est exclusivement régi par la loi..., d'où il suit que tout accord intervenu du vivant du donataire et par lequel l'ascendant renoncerait à son droit, ou consentirait, soit à en restreindre, soit à en ajourner l'exercice, constituerait un pacte sur succession future, prohibé par les articles 791 et 1130 du Code civil... »

En somme, la Cour de Paris et la Cour de cassation, tout en suivant deux théories divergentes, sont parties du même principe qu'elles n'ont point discuté : l'opposition radicale et irréductible entre le retour successoral et le retour conventionnel. Toutes deux reconnaissent que le retour successoral s'exerce

à titre héréditaire, d'où il suit qu'une stipulation de retour conventionnel ne peut venir en restreindre les effets sans constituer une renonciation anticipée à une succession non ouverte. Mais, ce principe admis, la Cour de Paris essaie d'établir qu'il ne s'agit point dans l'espèce du retour successoral, mais du retour conventionnel, car, par la clause litigieuse du contrat de mariage, on a stipulé le droit de retour, non seulement dans le cas prévu par l'article 747, du prédécès de la future épouse sans postérité, mais encore au cas, prévu exclusivement par l'article 951, du prédécès des enfants à naître du mariage. La Cour de cassation n'a pas admis ce raisonnement, qui, on le reconnaît, est difficile à soutenir si on accepte le point de départ indiqué. En stipulant le retour conventionnel, les parties n'ont point entendu anéantir le retour légal qui continue à subsister et à produire tous ses effets. La clause restrictive, valable en ce qui concerne le premier, ne peut produire aucun résultat à l'égard du second.

Quoi qu'il en soit, cette décision de la Cour suprême est venue jeter le plus grand trouble dans la pratique notariale, en portant atteinte à de nombreux intérêts en cause. Aussi, depuis, a-t-on cherché de tous côtés un moyen d'échapper à cette solution rigoureuse ; différents systèmes d'explication de la clause litigieuse parurent en doctrine et c'est l'un d'eux, celui de M. Lyon-Caen, qui inspira l'arrêt de la Cour d'Amiens, désignée par la Cour de cassation comme Cour de renvoi.

Cette Cour, en effet, dans son arrêt du 6 mars

1902 (1), a complètement repoussé la solution de la Cour de cassation. Elle a considéré, comme l'avait fait auparavant la Cour de Paris, la stipulation faite par l'ascendant donateur comme absolument valable et ne contrevenant en rien à la règle prohibitive des pactes sur succession future.

Pour soutenir cette théorie, la Cour d'Amiens s'appuie d'abord sur les considérations pratiques qui militent en faveur du maintien de la clause litigieuse, puis elle cherche à établir qu'aucun des motifs, ayant dicté la prohibition des pactes sur succession future, ne se retrouve dans le cas présent ; mais son principal argument consiste à interpréter la clause en question d'une façon toute spéciale. En effet, pour la Cour de renvoi, qui ne fait ici que reproduire la théorie de M. Lyon-Caen, sur laquelle nous reviendrons bientôt, la disposition litigieuse ne constituait pas dans la pensée des parties contractantes une simple renonciation partielle au droit de retour, mais une libéralité éventuelle au profit des futurs époux. La clause « doit, dit l'arrêt, être entendue et interprétée dans ce sens : que le futur époux aura l'usufruit de la moitié des biens donnés si la future prédécède sans avoir disposé desdits biens ». Elle ne confère donc à l'époux gratifié qu'une libéralité éventuelle soumise à cette double condition : 1° que l'époux donataire en pleine propriété prédécède ; 2° qu'il n'ait point disposé de ses biens. Cette double condition venant à se réa-

(1) D. 1902. II. 112. — *Pand. franç.*, 1903. I. 502 — *Gazette des tribunaux*, du 7 mai 1902. — *Revue du notariat*, 1902, n° 10900.

liser, la libéralité remonte rétroactivement au jour du contrat.

Mais il est inutile d'insister davantage ici sur cette théorie, car nous aurons bientôt à l'examiner en détails et nous verrons qu'elle est malheureusement inacceptable. Aussi un nouveau pourvoi devant la Cour de cassation fut-il formé contre l'arrêt d'Amiens.

Bien que le point de vue auquel s'était placé principalement la Cour d'Amiens fût incontestablement tout nouveau, la chambre civile, saisie du pourvoi, se déclara incompétente et renvoya les parties devant les chambres réunies de la Cour de cassation. Celles-ci, après avoir entendu le rapport détaillé du conseiller Roulier et les remarquables conclusions du procureur général Baudoin, cassèrent l'arrêt d'Amiens, confirmant ainsi nettement la solution déjà admise précédemment par la Cour suprême.

Ce second arrêt de Cassation, rendu à la date du 2 juillet 1903 (1), tranche donc définitivement le conflit soulevé devant les tribunaux et à l'examen duquel nous nous livrons actuellement. Il rejette comme contraire aux termes mêmes du contrat de mariage l'hypothèse d'un usufruit conventionnel, qui, soit par donation directe, soit sous la forme d'une stipulation pour autrui, aurait été dans l'espèce éventuellement constitué au profit du conjoint survivant; puis, ne voyant avec raison qu'un droit de retour successoral dans le droit que s'étaient réservé les époux Ménard, il déclare nulle la restric-

(1) D. 1903. I. 353. — S. 1904. I. 65 (note de M. Lyon-Caen). — *Pand. franç.*, 1903. I. 497 (note de M. Gény). — *Revue du notariat*, 1903, nos 11370 et 11443 (note de M. P. Henry).

tion apportée à ce droit de succession, comme constituant un pacte sur succession future.

Enfin la Cour de cassation renvoya l'affaire devant la Cour d'Orléans, qui, par arrêt du 30 avril 1904 (1), statua, ainsi qu'elle était tenue de le faire, dans le même sens que la Cour suprême. Mais la Cour d'Orléans prit soin d'invoquer dans son arrêt tous les inconvénients pratiques de la solution qui a prévalu ; aussi semble-t-il qu'elle ait voulu faire entendre, dans la mesure où elle le pouvait, sans méconnaître son obligation à se conformer à l'arrêt des Chambres réunies, qu'elle décidait comme cet arrêt, uniquement parce qu'elle ne pouvait pas faire autrement. De plus, il ressort des termes mêmes employés par l'arrêt de la Cour d'Orléans que cette Cour a été séduite par notre théorie sur la nature contractuelle du retour successoral et qu'elle aurait trouvé dans ses raisonnements des motifs assez puissants pour valider la clause litigieuse, si elle n'avait été obligée de s'incliner devant la décision de la Cour de cassation.

Telle est, avec ses différentes phases, la longue suite des instances auxquelles donna lieu la contestation soulevée par l'emploi de la fameuse clause litigieuse que nous étudions ici. On voit, en résumé, dans ce grave conflit judiciaire, deux courants opposés : l'un, celui des Cours d'appel, cherchant par tous les moyens à valider la clause en question, l'autre, celui de la Cour de cassation, qui finit inévitablement par triompher et qui condamne irrévocablement

(1) S. 1904. II. 269. *Pand. franç.*, 1904. II. 341

cette stipulation, uniquement parce qu'elle constitue une renonciation anticipée à une succession non ouverte.

L'examen de cette jurisprudence étant terminé, il nous reste à apprécier les différentes théories exposées par ces juridictions et à rechercher si la solution qui a prévalu mérite d'être approuvée ou non.

SECTION II

Critique de la jurisprudence.

La théorie consacrée par les deux arrêts successifs de la Cour de cassation s'impose désormais en jurisprudence et il est probable, le cas échéant, que la Cour suprême continuerait à appliquer le même système qu'elle a exposé avec une netteté et une vigueur de raisonnement aussi remarquables. Le fait est, il faut le reconnaître, que l'argumentation sur laquelle elle s'appuie se présente avec un caractère de rigueur déductive qui semble au premier abord rendre la critique impossible. Faut-il donc alors se soumettre sans réplique à sa solution, et déclarer nulle, comme pacte sur succession future, toute stipulation de retour conventionnel par laquelle l'ascendant donateur renonce d'avance, au profit du conjoint du donataire, à l'usufruit des biens soumis au droit de retour? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Pour nous, en effet, la solution de la Cour suprême ne doit pas être acceptée, et cela parce qu'elle est en opposition la plus com-

plète avec les intérêts pratiques. Quand une semblable antinomie se remarque entre l'intérêt pratique et le raisonnement pur, il faut se tenir en garde contre l'exactitude des déductions de la doctrine. Or, cette antinomie est, dans le cas présent, fort facile à constater.

Le principal reproche que l'on peut, en effet, adresser à la théorie de la Cour de cassation, c'est de violer ouvertement l'intention certaine des parties en annulant formellement et contrairement à toute attente une clause formelle du contrat, alors que cette annulation, en dehors de l'argument de texte fourni par les articles 791 et 1130, ne peut se justifier par aucune considération d'intérêt positif. M. Gény, dans sa note publiée sous le second arrêt de cassation (1), insiste sur ce point : c'est pour lui le vice fondamental qui semble, du point de vue le plus élevé de l'interprétation, condamner malgré tout la solution définitivement admise par la Cour suprême. « Il faut, dit M. Gény, être résolu à donner la plénitude des effets juridiques qu'elle comporte, à la volonté des parties, dégagée dans sa réalité concrète et indépendamment des formules qui n'en sont que l'armature technique ». Or, au contraire, une tendance plutôt destructive de cette saine interprétation des actes juridiques se remarque dans la solution de la Cour de cassation et surtout dans les conclusions du procureur général Baudoin. Cette tendance se révèle d'ailleurs suffisamment dans la rigueur de l'un des

(1) *Pand. franc.*, 1903. I. 501, col. 2 *in fine*.

motifs de l'arrêt du 2 juillet 1893, ainsi conçu : « Mais attendu que les termes clairs et précis du contrat de mariage du 4 juin 1894 excluent formellement l'hypothèse d'un usufruit conventionnel, qui, soit par donation directe, soit sous la forme d'une stipulation pour autrui, aurait été dans l'espèce éventuellement constitué au profit du conjoint survivant... » Il est vrai que ce considérant est dirigé contre la thèse de l'arrêt d'Amiens, thèse proposée par M. Lyon-Caen et sur laquelle nous reviendrons bientôt pour la repousser, mais cependant si on interprète et développe la pensée de ce considérant, on en arrivera à condamner tout système d'explication de la clause litigieuse. « Or, cette pensée, ajoute M. Gény, se rattache à un système d'interprétation juridique, qui nous semble foncièrement inconciliable avec les postulats les plus essentiels du droit civil moderne. »

Cette pensée, que rejette cet auteur, est d'ailleurs présentée dans les conclusions de M. Baudoin, sous la forme de deux principes distincts :

1^o Ces conclusions repoussent *a priori* toute recherche d'intention tendant à dégager du contrat une autre opération juridique que celle qui ressort à première vue de ses termes.

2^o D'autre part, elles condamnent également toute disposition au moyen de laquelle les parties chercheraient à se placer en dehors des conditions fixées par la loi à une prohibition d'ordre public.

Ce sont *ces deux* assertions que M. Gény réfute successivement avec succès. Chez nous, les volontés sont libres et leur contenu doit pouvoir se réaliser

juridiquement. La loi, il est vrai, a réglementé certains contrats qui servent de modèle et facilitent le jeu pratique de l'autonomie individuelle ; mais ce serait en fausser le but que de les faire servir à contrecarrer et limiter les volontés essentiellement libres. Ce mode d'interprétation est le seul qui convienne à l'esprit du droit moderne, et il a cependant été méconnu par M. Baudoin et, après lui, par la Cour de cassation, dont la solution est venue violer ouvertement l'intention certaine des parties.

Mais il y a plus encore : la décision de la Cour de cassation porte directement atteinte à des situations acquises. Nous avons vu, en effet, la clause litigieuse employée couramment dans les contrats de mariage antérieurs aux arrêts en question ; elle était devenue presque de style dans la pratique notariale à Paris. Or, il est incontestable que la perturbation, apportée par la condamnation de cette disposition, peut troubler considérablement l'ordre d'un très grand nombre de conventions matrimoniales. « Il y a, dit M. Lyon-Caen (1), entre les clauses diverses d'un contrat de mariage, une véritable indivisibilité par suite de laquelle on trompe la légitime attente des intéressés en annulant l'une d'elles. »

L'insertion de cette clause, dont on escomptait le résultat éventuel, avait peut-être provoqué d'autres dispositions qui n'auront plus désormais de raison d'être, ou qui manqueront de corrélatifs. En retour de cet avantage, fait au mari en cas de prédécès de sa femme, celui-ci avait sans doute abandonné à son

(1) Note sous Cass., 24 juillet 1901 (S. 1901. I. 433).

épouse certains droits. De plus, si les parties avaient su, lors de la rédaction du contrat, que la clause qu'elles inséraient ne pourrait être validée, peut-être auraient-elles cherché un autre moyen d'aboutir au résultat attendu. Enfin, dans la plupart des cas, en privant l'époux survivant de l'usufruit que les donateurs lui réservaient sur les biens soumis au retour, on risque de détruire complètement l'équilibre des contrats de mariage.

Mais un dernier reproche, tiré encore des intérêts pratiques, peut être adressé à la décision de la Cour de cassation. Cette décision vient porter le trouble le plus profond dans la pratique notariale et la priver d'un précieux instrument. En effet, la clause litigieuse a été créée, ainsi que nous l'avons constaté, aussitôt après la promulgation de la loi du 9 mars 1891, dans la crainte que le nouveau droit du conjoint survivant ne fût souvent illusoire, faute de biens sur lesquels il pourrait être exercé. Mais, en outre, cette clause fut imaginée dans le but de diminuer, en les rendant désormais inutiles et superflues, les différentes libéralités entre époux ; on ne faisait d'ailleurs en cela que suivre l'esprit et les tendances de la loi nouvelle qui cherchait à restreindre ces libéralités vues avec défaveur. Si, en effet, ces donations sont faites par contrat de mariage, elles sont dangereuses en raison de leur irrévocabilité et elles sont plutôt l'œuvre des parents que celle des futurs époux ; si, au contraire, elles ont lieu pendant le mariage, elles présentent tous les inconvénients des donations entre époux et risquent d'être omises par négligence ou provoquées par suggestion.

« Sans parler des testaments perdus, des donations et des testaments annulés, déclarait M. Delsol, dans son rapport au Sénat (1), le plus souvent les époux, même liés par la plus étroite et la plus profonde affection, n'ont ni le soin, ni le courage de prendre en temps utile leurs dispositions. Comment un époux délicat osera-t-il éveiller la pensée de la mort dans l'esprit de son conjoint, et lui demander une libéralité pour le jour de la séparation? Et si l'un des époux manque de délicatesse, si sa convoitise surmonte tous les scrupules, il sera donc seul à obtenir des libéralités, tandis que son conjoint ne recevra rien en échange? Ensuite, est-il bon que la pensée des époux soit constamment assiégée par des préoccupations d'avenir, et n'est-il pas préférable que la paix morale des familles trouve dans la loi sa source et sa sécurité? N'est-ce pas là le meilleur moyen de protéger la délicatesse et de faire taire la cupidité? »

Il est donc bien évident que le législateur de 1891 avait l'intention arrêtée de diminuer le nombre des libéralités entre époux. Mais la pratique se conformait exactement, sur le point que nous étudions, à cette tendance de la loi nouvelle, en accordant de plein droit, au conjoint survivant, l'émolument de l'usufruit légal. Or, du moment que cette clause, appliquant si exactement la pensée de la loi, est déclarée nulle, il va falloir revenir, dans une large mesure, aux usages antérieurs à la loi de 1891 et aux donations réciproques d'usufruit, soit par contrat de

(1) V. *Journal officiel*, du 4 mars 1877, p. 1667, col. 1. — V. encore le discours de M. Delsol dans la discussion au Sénat, le 6 mars 1877, *Journal officiel*, du 7 mars 1877, p. 1737, col. 2-3.

mariage, soit pendant le mariage. Aussi, la Cour d'Amiens s'est-elle exprimée de la manière suivante : « Considérant que l'annulation de cette clause aurait le résultat inique d'enlever au conjoint survivant le bénéfice d'une disposition sur laquelle il devait absolument compter; qu'il est permis de penser que la dame Roux eût fait une donation ou un testament au profit de son mari, si elle n'avait point été convaincue qu'il aurait après elle, en vertu de son contrat de mariage, l'usufruit de la moitié de ses biens... »

Quoi qu'il en soit, depuis la décision de la Cour de cassation, la pratique notariale a été obligée de supprimer purement et simplement la clause, ou plus exactement la partie de la clause condamnée, et, contrairement à la volonté du législateur, on va voir s'accroître le nombre des libéralités entre époux.

Actuellement, dans la plupart des contrats de mariage, on trouve encore la clause suivante, insérée après la stipulation d'un droit de retour conventionnel : « Toutefois cette réserve n'empêchera pas l'effet des donations en usufruit que les époux pourraient se faire au cours du mariage, même avec dispense de caution ou d'emploi. » Cette clause dont on a ainsi retranché la partie litigieuse, est parfaitement valable et les donations ou dispositions testamentaires entre époux pourront s'exécuter sur les biens constitués en dot (1).

(1) Cour de Poitiers, 22 fév. 1904. (S. 1904. II. 193 ; D. 1905. II. 97.) — Trib. de la Seine, 7 juin 1904. (*Revue du notariat belge*, 30 avril 1905, p. 255.)

En effet, de deux choses l'une.

Ou bien le contrat de mariage est muet sur la réserve du droit de retour et on ne se trouve qu'en présence du retour successoral. La disposition faite au profit du survivant faisant sortir les biens donnés du patrimoine du *de cujus*, il n'y a plus d'application possible du retour successoral et la donation s'exécute.

Ou bien, suivant l'hypothèse la plus répandue, le retour conventionnel est stipulé dans le contrat de mariage et la donation s'exécutera encore, car, du moment que l'on est en matière conventionnelle, la volonté des parties a pu valablement prévoir cette libéralité et restreindre ainsi les effets du droit de retour stipulé, puisqu'en agissant ainsi on ne porte pas atteinte aux résultats du retour successoral.

On est donc inévitablement revenu dans la pratique notariale à développer les libéralités entre époux ; c'est bien là, en effet, semble-t-il, le meilleur moyen de satisfaire au mieux la volonté des contractants sans se heurter à la prohibition de la Cour de cassation. L'époux doté peut immédiatement, dans son contrat de mariage, faire donation à son conjoint, sous la condition de survie de ce dernier, sur les biens reçus en dot, d'une part d'usufruit suffisante pour que ce conjoint puisse profiter intégralement des droits que lui accorde la loi. Mais cette donation, faite par contrat de mariage, a l'inconvénient d'être irrévocable ; aussi est-il préférable, en général, de conseiller à l'époux doté de faire cette libéralité après le mariage, soit par donation, soit par testament,

l'insertion de la clause que nous avons signalée permettant l'accomplissement de cette libéralité.

Voilà ce qui se passe maintenant en pratique. Mais il faut encore prévoir le cas où les ascendants ont stipulé le droit de retour conventionnel pur et simple, sans aucune restriction de leur droit de retour en faveur des donations d'usufruit entre conjoints. En ce cas, le droit d'usufruit du survivant ne pourra certainement pas porter sur les biens constitués en dot, puisque le retour conventionnel, élargissant ici les effets de retour légal, résout de plein droit toutes les aliénations consenties par le donataire.

En conséquence, le droit accordé à l'époux survivant par la loi de 1891, devient donc illusoire, dès que le *de cuius* n'a pas fait d'apports personnels ou dès que les biens donnés se retrouvent en nature dans sa succession et sont frappés du retour légal ; l'article 767 du Code civil n'a par suite, la plupart du temps, qu'un champ d'application fort restreint. Tel est le résultat auquel nous conduit la décision de la Cour de cassation.

Cependant M. Lyon-Caen (1) présente deux moyens fort simples et d'une légalité certaine, dit-il, pour laisser, malgré tout, l'usufruit du conjoint survivant s'exercer sur les biens soumis au retour, dans la mesure fixée par l'article 767.

L'un d'eux est le procédé employé en pratique et que nous venons de citer : le descendant donataire fait donation à son conjoint, dans le contrat de ma-

(1) Note précitée. S. 1901. I. 435, col. 2, *initio*.

riage même, de l'usufruit des biens compris dans la donation.

Quant au second moyen, c'est celui employé par l'ascendant donateur qui déclare expressément faire donation de l'usufruit des biens dont il gratifie son descendant au futur époux de ce descendant. C'est le procédé dont M. Lyon-Caen veut à tort voir une application, ainsi que nous le constaterons bientôt, dans notre clause litigieuse (1).

Toutefois, d'après M. Gény, ces deux moyens ne permettent de se rapprocher des effets de la clause jusqu'alors stipulée « qu'en les complétant par des conditions habilement rédigées et subordonnant les libéralités dont il s'agit à diverses éventualités à prévoir (par exemple, survie du conjoint ainsi gratifié — défaut de divorce — défaut d'une séparation de corps prononcée contre ce conjoint — pas de nouveau mariage, etc.). D'autre part », ajoute avec raison cet auteur, il n'est pas certain que ces procédés « échapperaient à toute critique, si, poussant à l'extrême certaines des idées, développées dans les conclusions de M. le procureur général Baudoin, on s'avisait de les stigmatiser comme tendant à faire fraude à une prohibition d'ordre public (2) ».

Pour toutes ces raisons, M. Gény croit plus sûr de conseiller aux praticiens une clause « exprimant formellement donation de biens à venir, de la part

(1) M. Planiol (note sous Cass., 22 juillet 1903 : D. 1904. I. 33, col. 2) conseille également à l'ascendant de faire directement au conjoint de l'époux doté une donation conditionnelle d'usufruit pour le cas où il survivrait au donataire.

(2) Note précitée, *Pand.*, 1903. I. 503, col. 2.

du futur doté à son futur, de l'usufruit successoral de l'article 767 du Code civil sur les biens compris dans la dot constituée par l'ascendant ». Cette clause pourrait être ainsi conçue : « La future épouse déclare, pour le cas de son prédécès, donner au futur époux à titre de donation de biens à venir, conformément aux articles 1082 et 1093 du Code civil, sur les biens qu'elle vient de recevoir en dot de ses père et mère, la part d'usufruit que l'article 767 attribue au conjoint survivant et suivant toutes les conditions de ce texte compatibles avec la présente disposition, sans que celle-ci puisse supprimer ou diminuer les avantages plus considérables qui résulteraient, au profit du susdit futur époux, soit du contrat de mariage, soit de la loi. »

Cette institution contractuelle, que propose M. Génv et qu'il essaie, ainsi que nous le verrons, de découvrir dans notre clause litigieuse, n'offrirait pas, il est vrai, l'inconvénient des donations ordinaires par contrat de mariage et elle resterait révocable par les libéralités ultérieures de l'instituant, mais son emploi ne s'est pas encore jusqu'ici introduit dans la pratique notariale.

Malgré ces différents palliatifs que les auteurs se sont ingénies à trouver, il est clair que la décision de la Cour de cassation est venue apporter la plus grande perturbation dans les affaires et a forcément ramené l'emploi fréquent et désormais nécessaire de ces libéralités entre époux que la loi de 1891 avait en vue de restreindre. Aussi ne nous paraît-il pas utile d'insister davantage pour démontrer qu'une solution contraire aux intérêts pratiques et qui

nécessite de pareils subterfuges doit nécessairement reposer sur des principes contestables et doit être rejetée.

Mais alors, si on n'accepte pas la décision de la Cour de cassation, sur quelle théorie faut-il donc se baser pour établir la validité de la clause litigieuse ? Sera-ce sur les théories présentées par les Cours de Paris et d'Amiens ?

Pour répondre à cette question, il convient maintenant d'examiner successivement les différents systèmes proposés en doctrine et en jurisprudence en faveur de cette clause. Nous allons voir ainsi qu'aucun d'eux n'est capable de prouver sa validité ; seul, le système que nous soutenons ici et qui nous a déjà permis de trancher le premier problème que nous nous sommes posé, pourra, dans le cas présent, nous donner une solution exacte.

CHAPITRE III

Examen des différentes théories proposées pour valider la clause litigieuse.

Nombreux sont les auteurs qui se sont émus des résultats apportés par la décision de la Cour de cassation et qui ont cherché à établir des systèmes permettant de valider la clause litigieuse. Il nous faut passer rapidement en revue ces différentes théories, ainsi que les systèmes développés dans les décisions de jurisprudence.

I.

Le premier mouvement de la pratique, surprise par un obstacle qu'elle n'avait pas envisagé d'abord, a été d'opposer à la doctrine prohibitive de notre clause cette objection que suggéraient aisément les circonstances mêmes de l'espèce et qui traduisait bien exactement, ce semble, l'état d'esprit des intéressés : il ne s'agit pas, a-t-on dit, du retour successoral de l'article 747, mais bien du retour conven-

tionnel, établi par l'article 951. La stipulation faite par les parties a transformé le retour légal en un retour conventionnel qui subsiste seul. Par conséquent, dans la clause litigieuse, il n'y a pas une renonciation anticipée à un droit successoral, mais seulement un tempérament apporté à la réserve du droit de retour conventionnel, qui, lui, peut subir toutes les modalités (1).

Cette théorie apparaît déjà dans le jugement du tribunal de la Seine du 7 janvier 1899; mais elle ne s'y fait jour qu'assez confusément, tandis que nous la voyons nettement formulée dans l'arrêt de la Cour de Paris, dont elle constitue le principal motif juridique.

« Considérant, dit en effet cet arrêt, que le droit successoral de l'article 747 du Code civil, limité au cas de décès du donataire sans postérité avant le donateur, a été étendu, dans le contrat de mariage des époux Roux, au cas où les enfants du sieur Emile Roux seraient décédés eux-mêmes sans postérité avant les époux Ménard, d'où il suit que ce n'est plus la loi mais la volonté des parties qui doit régler le différend..., que la matière purement conventionnelle est régie, quant au droit de retour spécial aux donations, par l'article 951... »

Pour ne voir dans le cas présent qu'un retour conventionnel, la Cour de Paris se base surtout sur ce que ce droit de retour avait été stipulé dans le contrat de mariage même pour le cas où, la fille dotée

(1) Observations pratiques sous la formule ix dans la *Revue du notariat*, 1899, t. XL, n° 10181, p. 107.

étant prédécédée laissant des enfants, ceux-ci seraient eux-mêmes prédécédés sans postérité, cas où le retour légal de l'ascendant donateur n'existe plus.

Cependant cette théorie est inadmissible et on comprend que la Cour de cassation ait pu facilement la repousser. Il ne nous est d'ailleurs pas nécessaire d'insister longuement sur cette réfutation, car il suffit de nous reporter aux principes que nous avons déjà émis en faisant l'exposé théorique de la question litigieuse. Le retour conventionnel, que les parties ont stipulé au contrat, ne peut anéantir en aucune façon le retour légal qui subsiste à côté de lui et produit ses pleins effets. Les ascendants sont libres de subordonner l'exercice du retour conventionnel à toutes les restrictions et modalités possibles, mais c'est à la condition de ne pas atteindre leur droit de retour légal qu'ils ne peuvent faire disparaître. Par conséquent, dès l'instant où les circonstances donnant lieu à l'exercice du retour successoral se trouvent réunies, ce droit de retour existe dans toute son intégralité, malgré toute stipulation des parties. S'il en était autrement, il suffirait que le donateur se réservât expressément ce droit, pour lui donner le caractère d'un droit de retour conventionnel sur lequel la volonté des intéressés serait souveraine.

Cette première théorie ne repose donc sur aucune base sérieuse et tous les auteurs sont d'accord pour la repousser (1).

(1) Gaudemet, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 746. — Lyon-Caen, Note dans S. 1901. I. 434, col. 1. — Sarrut, Note dans D. 1901. I. 537, col. 2. — Gény, Note dans *Pand.*, 1903. I. 498-499.

II.

On a alors cherché à s'attaquer aux bases mêmes de l'argumentation qui condamne la clause litigieuse et on a voulu établir que cette clause se trouvait en dehors des pactes sur succession future et ne pouvait, par conséquent, tomber sous le coup de la prohibition des articles 791 et 1130 du Code civil. Ce raisonnement apparaît pour la première fois dans la défense de l'arrêt de Paris, analysée dans le rapport de M. le conseiller Falcimaigne; on le retrouve ensuite exprimé par M. Lyon-Caen et exposé par la Cour d'Amiens. Enfin, ce même raisonnement est encore repris devant les Chambres réunies de la Cour de cassation dans le mémoire de défense analysé par M. le conseiller Roulier.

Les partisans de ce système raisonnent de la manière suivante : ils relèvent tous les motifs plus au moins certains ou décisifs qui justifient la prohibition des pactes sur succession future et ils cherchent à démontrer qu'aucun de ces motifs ne se présente dans notre hypothèse; ils en concluent alors que les textes, dont ces motifs sont la justification rationnelle, ne s'appliquent pas dans le cas présent.

Si cette interprétation est exacte, il semble bien que la clause litigieuse échappera à la prohibition de la loi; aussi, nous faut-il examiner l'interprétation proposée pour reconnaître si on peut l'accepter.

L'article 1130, qui prohibe les pactes sur succession future, a été rédigé en 1804, à la suite d'une évolution historique assez complexe, qui rend délicats

l'examen et l'énumération des motifs de la prohibition. Les rédacteurs de cet article semblent s'être inspirés à la fois du droit romain et des lois révolutionnaires. Or, les lois romaines considéraient les pactes sur les successions non ouvertes comme immoraux et dangereux : immoraux, parce qu'on y spéculait sur la mort d'une personne, le stipulant ayant intérêt à ce que cet événement se réalise le plus tôt possible ; dangereux, parce que, poussées par cet intérêt, les parties peuvent obéir à des pensées coupables et hâter cet événement. En un mot, ces pactes impliquent ce qu'on appelle un *votum mortis* à l'égard du *de cujus* (1). Ces mêmes idées se retrouvent dans Pothier ; cet auteur rappelle, dans son *Traité des obligations*, que les lois romaines proscrivaient ces conventions « comme indécentes et contraires à l'ordre public ». Mais il faut ajouter en outre que le droit romain prohibait encore les pactes successoraux comme impliquant, de la part du propriétaire, abandon de la liberté de tester.

A ces deux motifs, qui ont certainement inspiré les auteurs de notre Code (2), se joignait encore une autre raison, née de l'influence de la réaction révolutionnaire contre le droit féodal. Les pactes successoraux étaient fort fréquents dans l'ancien droit et, si la législation intermédiaire les a défendus, c'est

(1) L. 30, C., *De pactis*, II, 3.

(2) Au titre des obligations, M. Bigot-Préameneu donne pour fondement à la prohibition « l'honnêteté publique » ; au titre de la vente, M. Portalis dit que « les pactes sur la vie ou la mort d'un homme sont odieux » ; au titre des successions, M. Siméon dit « que la vente de la succession d'un homme vivant offense les convenances ».

qu'elle voyait là, à tort ou à raison, un moyen de porter atteinte à l'égalité des cohéritiers et une sorte d'accessoire pratique du droit d'aînesse. Or, il est évident que ce troisième motif a également contribué à la rédaction de notre article 1130.

Enfin, on donne encore une autre explication à la prohibition de notre loi, explication exacte, mais qui n'a peut-être pas été prévue par les législateurs de 1804. Les pactes successoraux doivent, dit-on, être interdits comme trop dangereux pour le crédit; ils portent, en effet, sur un objet déterminé, sur un patrimoine dont la composition peut changer jusqu'à l'ouverture de la succession; au point de vue économique, ils présentent donc un caractère aléatoire qui peut être dangereux pour les intérêts privés.

En résumé, on arrive ainsi à découvrir quatre principaux motifs de la prohibition des pactes sur succession future, et ce sont ces motifs que l'on a étudiés successivement pour démontrer qu'ils ne se présentent pas dans notre hypothèse. Il nous faut, en effet, reconnaître que la renonciation des ascendants à l'usufruit des biens soumis au retour ne semble, à première vue, n'impliquer ni un *votum mortis* de la part du donateur à l'égard du *de cujus*, ni une abdication de la part du donataire à sa liberté de tester, puisqu'il la conserve entièrement, ni une atteinte quelconque au principe de l'égalité des partages, ni enfin une entrave au crédit, puisque les biens en question sont, dès l'origine, déterminés et ne subissent aucune variation jusqu'à l'ouverture de la succession.

Ne comprend-on pas dès lors que la Cour d'Amiens

et certains théoriciens aient déclaré les articles 791 et 1130 inapplicables à notre clause litigieuse, d'après la maxime : *Cessante ratione legis, cessat lex*. Cette conclusion paraît logique.

Cependant, malgré toute son apparence de vérité, une semblable théorie doit être écartée, car il est permis de concevoir des doutes sérieux sur la légitimité de son principe d'interprétation.

En effet, le raisonnement des partisans de ce système n'est acceptable que lorsque la formule employée par la loi manque de netteté et de précision, lorsqu'elle laisse place à l'ambiguïté. Or, tel n'est pas le cas ici. Les articles 791 et 1130, qui contiennent la prohibition des pactes sur succession future, sont conçus en termes particulièrement nets et précis, qui ne peuvent laisser aucune incertitude sur la rigueur des conséquences auxquelles ils conduisent. La rédaction de ces textes montre bien que le législateur a entendu prohiber toutes les conventions de cette nature, sans laisser à l'interprète le pouvoir de rechercher, dans chaque cas particulier, s'il y a lieu de redouter les dangers dont la crainte a fait édicter cette règle rigoureuse.

D'ailleurs, l'étude des travaux préparatoires nous démontre clairement cette volonté du législateur de 1804 : le principal désir des rédacteurs de notre Code était de réagir contre les principes de l'ancien régime, et c'est surtout dans ce but qu'ils ont frappé de nullité absolue toute convention touchant la succession d'une personne vivante. Ce serait certainement contraire à leur volonté que de soustraire à cette prohibition un pacte de cette nature,

sous prétexte qu'il ne paraît ni dangereux, ni immoral.

De plus, il faut remarquer qu'il ne s'agit point ici d'appliquer la loi et les principes qu'elle a posés à une question qu'elle n'a pas prévue. Dans un cas semblable, on doit, en effet, rechercher les motifs de la loi, afin de savoir s'il convient, par analogie, d'en écarter ou d'en étendre l'application. Mais, dans notre hypothèse, on n'est pas en présence d'un cas imprévu ; le législateur a prohibé tout pacte sur succession future, sous quelque forme et dans quelque situation qu'il se présentât ; en un mot, du moment qu'il y a une convention relative à une succession non ouverte, le cas est prévu par la loi et la formule impérative de celle-ci interdit toute distinction. C'est violer la loi que de distinguer là où elle n'a pas voulu le faire : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Sans doute, on pourra peut-être critiquer le système de la loi, qui établit une semblable prohibition sans aucune distinction et sans réserves ; on pourra considérer que c'est une erreur législative que de proscrire des conventions inoffensives, bien différentes des pactes immoraux que l'on doit redouter ; mais quoi qu'il en soit, il est absolument certain que ce système est celui du Code civil et, bon gré mal gré, il nous faut l'appliquer sans qu'aucune distinction soit possible. Il ne nous reste qu'à nous incliner devant une volonté aussi nette, aussi impérative, sans pouvoir créer, en invoquant l'inexistence des motifs présumés de la loi, des exceptions que des textes n'autorisent pas.

Mais, nous dira-t-on, la maxime : *Cessante ratione legis, cessat lex*, n'est pas en opposition absolue avec la règle : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (1) : on peut parfois restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux, lorsque cette application dépasse évidemment le but de la loi elle-même et se trouve en opposition manifeste avec ses motifs.

Assurément, mais on ne doit recourir à ce procédé d'interprétation qu'avec la plus grande réserve et ne le considérer comme décisif que dans le cas où il conduit à faire rejeter une application de la loi qui consacrerait une iniquité manifeste, ou qui supposerait, de la part du législateur, une inconséquence flagrante. Or, dans le cas présent, l'application de l'article 797 du Code civil, à la clause litigieuse, est incontestablement conforme aux termes mêmes du texte ; quant à dire que cette application est contraire aux motifs de la loi, ce n'est pas, après tout, aussi certain qu'on pourrait le croire. Nous avons cherché à préciser ces motifs qui sont assez complexes, mais il est peut-être téméraire d'assurer qu'aucun d'eux ne peut exister dans notre espèce. Aussi, M. le procureur Baudoin, considérant l'un de ces motifs, le *votum mortis*, s'exprime-t-il ainsi : « On prétend qu'un pareil vœu ne peut exister de la part d'un père, au regard de sa fille dotée. Est-ce bien sûr ? Et peut-on soutenir que jamais un tel vœu, pour monstrueux qu'il soit, n'a troublé le cœur d'un père (2) ? »

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. I, § 40, p. 195.

(2) D. 1903. I. 363, col. 1.

Mais bien d'autres raisons encore, que celles que nous avons découvertes, ont motivé la règle prohibitive de notre loi. Les commentateurs se sont ingéniés à les rechercher et même à les multiplier. D'après Demolombe (1), la convention est nulle, faute d'objet : « L'acceptation ou la renonciation, dit-il, ne peuvent évidemment se concevoir sans objet, et, tant que la succession n'est pas ouverte, il n'y a pas d'objet ; il n'y a rien. » D'autres auteurs signalent l'incertitude de pareils pactes et l'aléa qu'ils entraînent, ou bien le trouble qu'ils apportent aux règles de dévolution héréditaire. Or, il est bien évident que ces différents motifs, si secondaires qu'ils puissent être, se retrouvent dans le cas qui nous occupe.

En conséquence, il faut bien constater l'inexactitude du système d'interprétation employé par les partisans de cette théorie. Le législateur a posé une règle générale, absolue ; il a prohibé sans distinction tous les pactes sur succession future. C'est là un point que la jurisprudence a déjà reconnu d'ailleurs à plusieurs reprises. C'est ainsi qu'on a vu les tribunaux annuler des arrangements de famille destinés simplement à faciliter le partage éventuel de successions non ouvertes, et ils ne se sont fondés, pour en décider ainsi, que sur la formule absolue et impérative de la loi, bien que souvent on n'ait pu retrouver, dans l'espèce, aucun des inconvénients qui justifient la prohibition légale (2).

(1) Demolombe, *Successions*, t. II, p. 347.

(2) Cass., 11 nov. 1845 (D. 1846. I. 25). — 13 mai 1884 (D. 1884. I. 468 ; S. 1884. I. 336).

III.

Pour valider la clause litigieuse, il ne restait donc plus qu'à procéder par voie détournée et à chercher si cette disposition ne pouvait pas s'interpréter autrement que comme renonciation au droit successoral de l'article 747; si, au moyen d'une simple transposition de termes, justifiée par le désir de donner effet à la volonté certaine des parties, on ne trouverait pas dans l'accord de celles-ci les effets d'une convention parfaitement valable, incapable de heurter l'article 747, parce qu'elle s'établirait à côté de ce texte, non pas à son encontre.

De là semble née une nouvelle explication de notre clause, explication dont la première idée apparaît dans le premier mémoire en défense présenté à la Chambre civile de la Cour de cassation par M. le conseiller Falcimaigne, mais qui a été pleinement développée et mise en lumière par M. Lyon-Caen (1), puis reprise par M. Sarrut (2), et appliquée par la Cour d'Amiens.

Les partisans de cette théorie reconnaissent que l'ascendant donateur ne peut, du vivant du donataire, renoncer totalement ou partiellement à son droit de retour, mais ils contestent que la clause litigieuse ait le caractère d'une renonciation partielle à la succession établie par l'article 747. Ils voient, en effet, dans cette clause, deux libéralités : l'une, libéralité en usufruit, adressée par les ascendants à leur

(1) *Op. cit.*, S. 1903. I. 434.

(2) *Op. cit.*, D. 1901. I. 537, col. 2.

futur gendre, sous la condition de prédécès de la future épouse sans qu'elle ait disposé des biens donnés, et ayant pour objet la quotité d'usufruit fixée par l'article 767 ; l'autre, adressée à la fille dotée et portant sur la nue propriété des biens donnés en dot et sur le surplus de l'usufruit de la précédente, pour le cas où celle-ci se réaliserait, ou bien portant, dans le cas contraire sur la totalité des biens, pour être assujettie de toutes façons au droit de retour de l'ascendant. La donation en usufruit, faite au conjoint de l'époux doté, doit donc, en cas de prédécès de ce dernier, rétroagir au jour du mariage, d'où il suit que le retour légal ou conventionnel ne s'appliquera jamais à cette convention, qui, ainsi conçue, n'est plus un pacte successoral, puisque le gendre ne recueille pas l'usufruit dans la succession de sa femme, mais le tient directement de l'ascendant donateur et en jouit par l'effet d'une condition réalisée, rétroagissant au jour même du mariage.

Voici d'ailleurs en quels termes M. Lyon-Caen explique son système :

« Les père et mère auraient pu donner seulement la nue propriété des biens désignés par eux à leur fille, et l'usufruit de ces mêmes biens à leur futur gendre, de façon que ce droit d'usufruit prît naissance dès le jour de la célébration du mariage. Cela n'est pas de nature à donner lieu à un doute quelconque. Il y aurait eu alors deux donations distinctes, l'une de nue propriété, l'autre d'usufruit, rapprochées seulement par les circonstances qu'elles étaient renfermées dans le contrat de mariage des deux donataires et qu'elles portaient sur les mêmes

biens. Le droit de retour légal des père et mère, ne s'exerçant que sur les choses données, n'aurait existé, en cas de prédécès de la fille, que sur la nue propriété. Pourquoi la donation d'usufruit que les père et mère auraient pu faire à leur gendre, de façon qu'il devînt immédiatement et sans aucune condition spéciale usufruitier, n'aurait-elle pas pu être faite sous la condition de la survie du gendre à sa femme, la fille dotée? Nous n'en voyons pas la raison. Que l'usufruit doive prendre naissance immédiatement ou lors du prédécès de la fille donataire, il y a toujours deux donations distinctes. Dans les deux cas, les biens donnés ne sont entrés dans le patrimoine de la fille donataire qu'avec la charge résultant de l'usufruit, soit actuel, soit éventuel, constitué au profit du futur mari. Eh bien! c'est précisément cette double donation que les père et mère avaient entendu faire dans l'espèce à leur fille et à leur futur gendre. »

Cette conception un peu subtile est fort ingénieuse, et, si elle était absolument exacte, elle permettrait évidemment de valider la clause litigieuse qui, ainsi considérée, ne tomberait plus sous le coup de la prohibition des articles 791 et 1130. Mais cependant ce raisonnement est difficilement admissible, il a mérité de nombreuses critiques (1); il a, entre autres, été condamné d'une façon spécialement rigoureuse par M. le procureur général Baudoin (2), et c'est avec

(1) Gény, note cit., *Pand.*, 1903. I. 500. — Gaudemet, *op. cit.* : *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 749 et suiv. — Magnol, *Observations sur l'arrêt de la Cour d'Amiens*.

(2) D. 1903. I. 363 et suiv.

raison que les Chambres réunies de la Cour de cassation l'ont rejeté.

Nous nous associons à ces diverses critiques, sans aller toutefois aussi loin que M. Baudoin, d'après lequel la conception de M. Lyon-Caen est condamnable par le seul fait qu'elle aboutit à tourner la prohibition des pactes sur succession future ; il n'est pas admissible, en effet, que ce soit tourner la loi que de se placer en dehors des conditions qu'elle a fixées à sa prohibition. De même, M. Baudoin paraît exagérer un peu, lorsqu'il déclare avec tant d'insistance que le système, présentement examiné, transforme d'une façon inacceptable la volonté des parties, et annonce ainsi qu'il faut repousser *a priori* toute recherche d'intention tendant à dégager d'un contrat une autre opération juridique que celle qui ressort, à première vue, des termes employés. Le but de notre droit est, en effet, d'écarter toute classification juridique qui stérilise la volonté des parties pour chercher à lui en substituer une autre, permettant de sanctionner le contenu de la convention. Mais cependant, si on peut rechercher ainsi la véritable intention des parties, sous les formules peut-être inexactes qui la cachent, il faut reconnaître que le système de M. Lyon-Caen, va manifestement bien plus loin : il substitue à un acte, pour le sauver de la nullité, un autre acte juridique différent par sa nature et son objet ; il n'interprète pas la convention, mais il la refait et modifie les résultats positifs et concrets manifestement voulus par les parties.

Cette constatation ressort bien des différentes critiques que l'on se voit forcé d'adresser à cette théorie.

On lui reproche d'abord de modifier, sous prétexte d'interprétation, la nature juridique de la clause litigieuse. Cette clause nous apparaît comme une renonciation unilatérale, de la part des ascendants, au droit qui leur appartient légalement de s'opposer à l'exercice de l'usufruit du conjoint sur les biens donnés. Or, l'argumentation de M. Lyon-Caen et de l'arrêt d'Amiens transforme cette renonciation, à laquelle suffit une expression unilatérale de volonté, en une donation, acte contractuel, qui exige une acceptation. On modifie ainsi les conditions d'existence et les effets de l'acte en question. En effet, pour que la donation existe, il faut que le donataire accepte ; or, il est probable que les parties croyant faire une renonciation, n'exigeront pas cette acceptation. Pourtant, le futur gendre, qui appose sa signature au contrat de mariage, et adhère ainsi à toutes ses parties, accepte implicitement par là même la libéralité qu'on lui fait, mais il ne l'accepte pas expressément et formellement.

Cependant, cette objection ne porte pas, dans le cas présent, car, si le défaut de solennité de l'acceptation empêche de valoir une donation ordinaire, il ne peut pas être opposé à une donation par contrat de mariage ; l'article 1087 décide, en effet, que « les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ou déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation. » L'inconvénient n'apparaît donc pas dans notre hypothèse, mais l'objection recouvre toute sa force, si la clause en question est insérée dans tout autre acte que dans un contrat de mariage.

On fait, en outre, au système d'interprétation de

M. Lyon-Caen, une autre critique qui a certainement beaucoup plus de force et de portée. Si on analyse, comme le fait cet auteur, l'opération juridique en une double donation, on remarque que l'usufruit, dont on gratifie éventuellement le conjoint de l'époux doté, n'équivaut nullement à l'usufruit successoral de l'article 767 ; ce n'est qu'un usufruit ordinaire détaché par l'ascendant de la nue propriété des biens donnés et attribué sur la moitié de ces biens au conjoint survivant. Ce dernier n'obtient donc pas exactement ce que lui aurait donné la simple renonciation faite par les ascendants au droit de s'opposer à l'exercice de son usufruit légal.

M. Lyon-Caen reconnaît lui-même ce résultat de son système : « Mais il faut, ajoute-t-il, s'attacher à ce que les parties ont voulu, selon toute vraisemblance, plus qu'à ce qui résulte des expressions qu'elles ont employées ou que le notaire leur a prêtées. Ces expressions ont pu ne pas correspondre à leur pensée, ou n'être pas, au point de vue juridique, d'une rigoureuse exactitude. »

Ce raisonnement serait parfait s'il était démontré que les ascendants ont eu l'intention de donner à leur futur gendre un usufruit ordinaire et non pas l'usufruit légal de l'article 767. Or, cette démonstration semble impossible. En effet, si cet usufruit est un usufruit ordinaire, il échappe à l'imputation des libéralités reçues du défunt par le conjoint survivant (art. 767, § 8) ; il ne peut pas être converti en rente viagère sur la demande des héritiers (art. 767, § 9) ; de plus, il appartiendra à l'époux divorcé ou séparé de corps. Toutes ces conséquences sont bien

certainement contraires à l'intention des parties lors de la rédaction du contrat de mariage.

Mais, pour consacrer la volonté des parties, le futur gendre, gratifié d'un usufruit sur la succession de son conjoint, devrait être tenu des dettes de celui-ci, il devrait pouvoir renoncer à son droit ou limiter les effets de son acceptation par le moyen du bénéfice d'inventaire, car tout cela est inhérent à l'usufruit successoral visé par la clause litigieuse. Or, on ne voit pas comment cette clause, ayant en vue une constitution d'usufruit conventionnel de la part de l'ascendant, aurait pu y introduire ces modalités. Il est donc impossible d'adapter la volonté des parties à la conception de M. Lyon-Caen.

C'est sans doute le sentiment de cette grave objection qui a conduit la Cour d'Amiens à renforcer l'argumentation de cet auteur par une nouvelle considération, présentée sous forme d'une allusion assez équivoque à l'article 1121 du Code civil. Après avoir assimilé la clause litigieuse à une donation conditionnelle de l'usufruit sur la moitié des biens, la Cour remarque « qu'une pareille stipulation serait certainement valable, si elle était faite au profit d'un tiers quelconque (art. 1121), qu'*a fortiori* elle doit l'être quand elle est faite au profit de l'un des conjoints ».

Cette conception est absolument inexacte, car, dans le cas présent, il s'agit, d'après l'interprétation même de M. Lyon-Caen et de la Cour d'Amiens, d'une donation directe faite par l'ascendant au conjoint de l'époux doté pour le cas de survie, et non pas d'une charge imposée par un stipulant à un promettant au profit d'un tiers bénéficiaire. Il faut choi-

sir entre les deux systèmes : ou bien il y a une stipulation pour autrui et alors il n'y a pas de donation directe ; ou bien il y a une donation directe et alors il n'y a pas de stipulation pour autrui. Or, d'après les partisans de cette théorie, il y a donation directe, par conséquent il est impossible de faire intervenir ici l'idée d'une stipulation pour autrui.

D'ailleurs, même en admettant l'exactitude de cette idée, on ne voit pas bien comment les principes de l'article 1121 pourraient à eux seuls supprimer le grief, encouru par notre clause, de déroger illicitement au droit successoral de l'article 767. En citant l'article 1121, la Cour d'Amiens entrevoyait peut-être la nécessité d'expliquer que l'usufruit, bien que constitué par l'ascendant, dût s'appliquer à la succession de la donataire et être bien l'usufruit de l'article 767, seul envisagé par les parties. Mais quoi qu'il en soit, cet expédient ne peut aboutir à aucun résultat et il faut conclure que ces raisonnements subtils, ces interprétations hardies sont incapables de valider la clause litigieuse.

IV.

Presque aussi subtile et plus complexe encore est une autre théorie qui cherche à valider notre clause par l'application des articles 1082 et 1086 du Code civil, en en faisant une institution contractuelle. Elle a été présentée et réfutée par M. Zeglicki (1) et par M. le procureur général Baudoin (2).

(1) Zeglicki, *Revue critique*, 1902, t. XXXI, p. 325 et suiv.

(2) *Op. cit.*, D. 1903. I. 366, col. 1.

Comme la précédente, cette théorie a son point de départ dans l'hypothèse d'une double donation faite par l'ascendant, donation de la nue propriété à sa fille et de l'usufruit ou d'une partie de l'usufruit à son gendre. Or, cette donation d'usufruit, dit-on, est une donation d'un bien à venir, puisqu'elle porte sur un bien que l'ascendant vient de donner à sa fille, c'est-à-dire sur un bien dont il n'est plus propriétaire, mais dont il recouvrera la propriété, lorsque, par suite du retour légal, ce bien rentrera dans son patrimoine. On est donc en présence d'une institution contractuelle régie par l'article 1082, qui permet à l'ascendant de disposer par contrat de mariage d'un bien à venir en faveur de l'un des époux.

Mais on peut être tenté d'objecter immédiatement que cette prétendue institution contractuelle, concernant un usufruit à venir, aboutit en réalité à une renonciation partielle à la succession de l'enfant doté, et n'est en somme qu'un pacte sur succession future, c'est-à-dire une convention prohibée par la loi. C'est alors, pour répondre à cette objection, qu'on fait intervenir l'article 1086. L'institution contractuelle, permise par la loi, déroge, dit-on, par sa nature même à la règle : « Donner et retenir ne vaut », et à la prohibition des articles 791 et 1130 ; mais, de plus, l'article 1086 dispose que les donations par contrat de mariage peuvent être faites sous toutes conditions, même potestatives, de la part du donateur. Or, le droit de retour légal grève la donation faite à l'enfant doté d'une condition potestative, puisqu'il permet à l'ascendant de reprendre lui-

même le bien qu'il avait donné, car, d'après l'article 747, l'ascendant donne et retient à la fois. Pourquoi, dès lors, en vertu du principe de liberté inscrit dans l'article 1086, l'ascendant ne pourrait-il pas donner en renonçant à l'avance en tout ou en partie à la faculté de retenir? L'ascendant, qui a donné dans les termes de l'article 1082, a simplement renoncé à la faculté de reprendre, et cela conformément au droit que lui confère l'article 1086, en vue de favoriser les libéralités faites par contrat de mariage, c'est-à-dire en vue de favoriser les mariages.

Ce raisonnement subtil peut paraître, à première vue, assez logique ; il est cependant complètement inadmissible.

D'abord nous avons vu précédemment qu'on ne peut accepter l'idée de cette double donation en nue propriété à la fille et en usufruit au futur gendre. Or ce point que nous rejetons constitue la base même du système.

Mais, en outre, dans l'espèce qui a été présentée devant les tribunaux, comment l'époux survivant peut-il invoquer cette prétendue institution contractuelle? L'institution contractuelle consiste en une donation entre vifs, qui a pour objet tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès ; le donateur reste pendant sa vie, propriétaire des biens donnés ; il peut en disposer librement à titre onéreux et à titre gratuit seulement pour sommes modiques. Dès lors, pour que l'époux survivant pût recueillir le bénéfice de cette institution, il faudrait avoir à régler la succession de l'ascendant donateur, tandis qu'il

ne s'agit que de la succession de l'enfant doté ; on ne peut donc pas, du vivant du donateur, réclamer le bénéfice de l'institution contractuelle, qui ne pourrait produire son effet qu'à la mort de ce donateur.

Mais enfin, admettons même qu'on soit en présence d'une véritable institution contractuelle. Si le donateur peut, d'après l'article 1086, insérer toutes les clauses que lui suggérera sa volonté, c'est cependant avec la restriction que cette volonté ne se heurtera pas à une prohibition de la loi ; or, la renonciation au droit de retour légal est interdite à l'ascendant comme constituant un pacte sur succession future et une telle stipulation est en dehors des prévisions de l'article 1086, qui, s'il avait voulu déroger aux textes édictant la prohibition, s'en serait expliqué expressément. Si la loi admet l'institution contractuelle malgré le pacte sur succession future qu'elle contient, elle limite strictement les conditions d'exercice de ce droit. Ainsi on est d'accord pour reconnaître que le bénéficiaire de l'institution contractuelle ne peut, du vivant de l'instituant, céder le droit dont il est investi par cette donation, ni y renoncer, parce que ce serait là un pacte sur succession non ouverte (1). Par conséquent, si l'institution contractuelle ne doit produire son effet qu'au décès du donateur, toute stipulation portant atteinte à cette règle en restreindrait l'effet et serait nulle comme

(1) Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, sur l'art. 1082, nos 117 et suiv. — Cass., 11 janvier 1853 (D. 1853. I. 17).

étant une convention relative à une succession future. C'est l'avis de tous les auteurs (1).

Il est donc évident que notre clause litigieuse, qui aurait pour effet d'enlever à l'instituant, de son vivant, tout droit de disposer à titre onéreux de l'usufruit qu'il aurait donné par institution contractuelle à son futur gendre, est nulle comme pacte sur succession non ouverte. Le détour que les partisans de ce système ont cherché à employer, nous ramène donc encore en face de la même prohibition légale.

V.

Aussi M. Magnol (2) cherche-t-il, par une analyse différente de la situation des parties, si on ne peut pas, malgré tout, obliger les donateurs à respecter la clause en question. D'après cet auteur, les donateurs doivent respecter la clause « à raison de la garantie du fait personnel qui leur incombe, en vertu de la donation avec stipulation d'un droit de retour conventionnel restreint ». Autrement dit, l'ascendant donateur, qui a renoncé à son droit éventuel dérivant du retour légal, est irrecevable à se prévaloir de la nullité de la renonciation, parce qu'il serait alors garant de l'inexécution de son engagement.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 4^e édit., t. VIII, § 739, p. 76, texte et note 56. — Duranton, t. IX, p. 712. — Demolombe, *Donations*, t. VI, n^o 314. — Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, art. 1083, n^{os} 25 et suivants.

(2) Magnol, *Du droit d'usufruit du conjoint survivant par rapport aux biens soumis à un droit de retour*, p. 33 et suiv. — Cette théorie de M. Magnol est aussi, paraît-il, celle de M. Campistron, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Voici d'ailleurs comment raisonne M. Magnol. Tout donateur, bien que n'étant pas tenu à la garantie d'éviction, est obligé à la garantie de son fait personnel ; il se rendrait coupable d'un dol, si, après s'être irrévocablement dépouillé, il prétendait, pour une raison quelconque, priver le donataire du bénéfice de la donation. Ainsi, ayant donné l'immeuble d'autrui, s'il devient l'héritier pur et simple du nouveau propriétaire, il ne peut pas revendiquer cet immeuble entre les mains du donataire. Cette garantie profite, d'ailleurs, aussi bien aux ayants cause du donataire qui ont acquis légitimement des droits sur l'objet donné, qu'à ce dernier.

Appliquons maintenant cette règle à la donation accompagnée d'une stipulation d'un retour conventionnel, mitigé par une clause permettant à certains ayants cause du donataire de ne pas souffrir de la résolution de la donation survenue à la suite du prédécès de ce dernier. Le donateur qui prétendrait méconnaître leurs droits, fut-ce en vertu d'un droit propre acquis plus tard par lui, se verrait opposer avec succès la maxime : « Qui doit garantie ne peut évincer. »

Il en est ainsi précisément si l'on examine les rapports du conjoint survivant et des donateurs dans l'espèce actuelle. Ceux-ci se sont engagés, par une clause de retour conventionnel, à respecter certains droits acquis à des tiers du chef du donataire sur les biens donnés, notamment le droit d'usufruit du conjoint survivant, bien qu'il ait sa source dans la loi, à titre de succession. Il leur est impossible, dès lors, de méconnaître ce droit, alors même qu'ils invoque-

raient un autre droit rival, acquis depuis par eux, tel que le retour successoral. S'il leur est permis de renoncer aux avantages qui pourraient résulter pour eux de l'exercice du retour conventionnel, par exemple d'accepter de contribuer au paiement des dettes du donataire, ils ne peuvent pas se dégager des obligations qu'ils ont librement et valablement contractées.

Il en est d'ailleurs ainsi, nous fait-on remarquer, toutes les fois qu'on oppose à une personne l'exception péremptoire de garantie. Le vendeur de la chose d'autrui, qui postérieurement a succédé comme héritier pur et simple au véritable propriétaire, n'agit point comme vendeur; il veut ignorer cette qualité et faire abstraction du contrat de vente pour ne s'en tenir qu'à sa qualité d'héritier. Néanmoins, il ne peut nullement se dégager de ses obligations de vendeur. De même ici, les ascendants donateurs ne peuvent pas, en invoquant leur qualité d'héritiers du donataire, à titre du retour légal, dépouiller un ayant cause de ce dernier d'un droit qu'ils s'étaient véritablement engagés à respecter. Celui-ci repoussera leur prétention en leur opposant la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

M. Magnol prévoit alors une objection grave que l'on peut faire à sa théorie. On peut lui reprocher d'invoquer une obligation de garantie qui n'a pas pu naître, car la renonciation, d'où elle résulterait, constitue vis-à-vis du retour légal un pacte sur succession future prohibé par la loi.

« L'objection serait fondée, répond M. Magnol, si la renonciation avait eu pour objet direct au moment

de sa naissance le retour légal, ou si elle n'était pas valable, même en ce qui touche le retour conventionnel. Tout le monde reconnaît qu'à l'égard de ce dernier elle est licite. Or, c'est à propos de ce droit qu'elle est intervenue. Qu'est-ce à dire sinon qu'elle est valable dans son principe... Valable dans son principe, la renonciation partielle au droit de retour a définitivement obligé les donateurs à respecter les droits acquis aux tiers, de par les termes mêmes de leur donation. Et, s'ils prétendent les méconnaître, on triomphera de leurs prétentions à l'aide de l'exception péremptoire de garantie. »

Cependant, malgré ces raisonnements subtils, la théorie de M. Magnol nous paraît impossible à soutenir; la critique en a d'ailleurs déjà été faite par M. Crouzel (1).

En effet, dit en substance cet auteur, la donation pure et simple, faite par les ascendants, donne de plein droit naissance au retour légal, si les conditions voulues se réalisent, et celui qui invoque le retour légal ne peut pas être repoussé par l'exception de garantie du fait personnel. Or, l'ascendant donateur, dans le cas qui nous occupe, laisse complètement de côté la stipulation du retour conventionnel; il s'en tient au retour légal dont aucune convention n'a pu valablement restreindre les effets; il se place donc dans la situation d'un ascendant qui aurait fait une donation pure et simple. Où

(1) Crouzel, *La stipulation du retour conventionnel par l'ascendant donateur et la renonciation au retour légal*, note lue à la séance du 10 décembre 1902 de l'Académie de législation de Toulouse, Recueil de cette académie, 1903, t. LI, p. 23.

trouve-t-on, dès lors, le principe de l'obligation de garantie? Puisque ce n'est pas dans le retour légal, c'est donc dans la stipulation du retour conventionnel? Mais alors, comment expliquer que cette stipulation opposable à l'ascendant donateur, en tant qu'elle oblige à la garantie du fait personnel, ne lui soit pas opposable en tant qu'elle implique de sa part renonciation au retour légal? Est-il vraisemblable que le législateur ait entendu autoriser l'ascendant donateur à renoncer indirectement au retour légal en contractant une obligation de garantie sous la forme d'une stipulation de retour conventionnel, et qu'il n'ait pas voulu l'autoriser à y renoncer directement par la même stipulation? Evidemment non.

Mais, en outre, on peut ajouter à la critique de M. Crouzel qu'il ne peut certainement pas être question de garantie, pour obliger à exécuter une stipulation que la loi prohibe pour des motifs d'ordre public et qui est frappée, par les articles 791 et 1130 du Code civil, d'une nullité si absolue qu'elle est réputée inexistante et qu'elle n'est susceptible d'aucune ratification, fut-ce par exécution postérieure à l'ouverture de la succession. M. Magnol, ainsi que nous l'avons vu, a bien cherché à répondre à cette objection, mais sa réponse ne nous paraît pas satisfaisante. Il déclare, en effet, que la renonciation, d'où résulte, selon lui, l'obligation de garantie, n'est intervenue qu'à l'égard du retour conventionnel et qu'elle est par conséquent valable dans son principe. Mais on ne saurait admettre un tel raisonnement, car, chaque fois que les circonstances, donnant lieu à

l'exercice du retour légal, se trouvent réunies, ce droit de retour existe dans toute son intégrité et sans aucune restriction ; aucune stipulation des parties ne peut en diminuer les effets, quand même cette stipulation serait intervenue à l'égard du retour conventionnel.

« Si la donation, dit M. Magnol, avait été faite par tout autre qu'un ascendant, ou même si, faite par un ascendant, comme dans le cas actuel, le donataire avait laissé des enfants, qui eux-mêmes seraient décédés sans postérité, avant les donateurs, la clause litigieuse eût été déclarée valable, le retour conventionnel étant alors seul possible. Comment expliquer qu'elle soit devenue illicite, dans le cas où, par suite de circonstances fortuites, par exemple le décès du donataire sans postérité, les ascendants ont pu invoquer à leur choix le retour conventionnel ou le retour légal ? »

Ici l'erreur de M. Magnol est manifeste ; s'il se trouve que, pour une raison quelconque, le retour conventionnel soit seul possible, évidemment la renonciation de l'ascendant sera valable, mais on ne saurait admettre sa validité si le retour légal peut être invoqué, puisqu'aucune renonciation ne peut, même indirectement, porter atteinte à ce retour.

En conséquence, nous nous voyons encore dans l'obligation de repousser cette cinquième théorie.

VI.

Cependant, il est un autre système moins complexe, présenté par M. GénY (1), et qui pourrait peut-être permettre de valider, dans certains cas, la clause litigieuse et de satisfaire ainsi les aspirations de la pratique sans encourir les reproches adressés aux autres théories.

M. GénY cherche, comme jadis M. Lyon-Caen, si une analyse profonde des effets juridiques voulus par les parties ne permettrait pas de défendre la validité de la clause. Le vice principal du système de M. Lyon-Caen consiste en ce qu'il n'arrive pas à faire sortir valablement de la convention l'usufruit successoral de l'article 767, que seul les parties ont eu en vue ; il en sera ainsi tant qu'on n'envisagera que la donation faite par l'ascendant, puisque celui-ci ne peut à aucun titre disposer de la succession de son descendant donataire. Mais cet obstacle disparaît si on fait intervenir ce descendant pour faire lui-même la disposition nécessaire relativement aux biens reçus.

Aussi M. GénY suppose-t-il que la future épouse, dotée par ses parents, a fait, immédiatement et par le même contrat de mariage, à son futur époux, comme le permettent les articles 1082 et 1093 du Code civil, donation de biens à venir de l'usufruit successoral de l'article 767, en ce qui concerne les biens à elle constitués en dot par ses ascendants. Il est facile de reconnaître cette volonté chez la future

(1) *Op. cit.*, *Pand.*, 1903. I. 501, col. 1 et 2.

épouse, puisqu'elle est intervenue au contrat et en a, par sa signature, accepté les conditions.

M. Gény prévoit alors une objection possible, qu'il s'empresse de réfuter : « On ne peut, dit-il, nous objecter que l'époux directement gratifié disposerait avant d'être propriétaire, sous prétexte que la donation à lui faite ne devrait avoir effet que *si nuptiæ sequantur*. Car la donation de biens à venir de l'usufruit, que nous reconnaissons ici comme effectuée de sa part, sera manifestement soumise à la même condition. »

Il nous démontre, en outre, que toutes les objections, que soulevait le système de M. Lyon-Caen, s'évanouissent ici, et il en est ainsi puisque le contenu de l'usufruit, constitué de la sorte au profit du conjoint de la donataire, doit être identiquement celui de l'usufruit successoral de l'article 767.

De plus, on ne peut pas reprocher à ce système d'aboutir malgré tout à la violation des articles 791 et 1130 et de n'être qu'une « échappatoire destinée à frauder une prohibition d'ordre public ». C'est qu'en effet l'ascendant donateur ne renonce pas au droit successoral que lui confère l'article 747, bien qu'il adhère à la donation de biens à venir faite par sa fille ; il en est forcément ainsi, puisque le retour successoral ne s'exerce que sur les choses dont le donataire n'aurait pas disposé à son décès et que la donataire se trouve diminuer de suite, bien qu'à titre éventuel, la libéralité sujette à retour qu'elle vient de recevoir.

Remarquons enfin que c'est le principe de ce système, dont M. Gény propose l'application dans la

clause que nous rapportions précédemment, clause dont cet auteur conseille l'emploi dans les contrats de mariage, pour se soustraire, par ce moyen détourné, à la prohibition de la Cour de cassation.

Nous avons ainsi examiné la plupart des systèmes proposés en vue de la validité de notre clause litigieuse. Tous méritent des critiques fort graves qui rendent leur admission impossible. Seule, cependant, la théorie de M. Gény paraît échapper à ces reproches, mais néanmoins elle ne nous paraît pas entièrement satisfaisante.

L'explication présentée par cet auteur ne peut, en effet, être admise qu'à la condition que la clause de retour, modifiée par la réserve du droit successoral du conjoint survivant, se rencontre dans le contrat de mariage de ce dernier, car cette forme est nécessaire, soit pour contenir la donation de biens à venir, soit pour valider l'acceptation tacite de cette donation par l'époux auquel elle s'adresse. Il y a là une exigence qui limite nécessairement la portée de la théorie proposée.

Mais de plus, il nous semble inutile d'analyser avec une telle subtilité les effets juridiques voulus par les parties et de chercher à retrouver des manifestations de volonté aussi complexes que celles que l'on croit découvrir. On comprend que l'on conseille désormais l'insertion, dans les contrats de mariage, d'une clause stipulant l'institution contractuelle, telle que M. Gény la fait intervenir dans son système ; mais il est peut-être vraiment un peu

téméraire de vouloir découvrir une pareille stipulation dans la clause litigieuse que nous examinons ici.

Cependant, malgré le rejet que nous faisons de ces différents systèmes, nous n'allons pas jusqu'à déclarer inébranlable la décision de la Cour de cassation, et nous ne considérons pas, comme MM. Lyon-Caen (1) et Magnol (2), qu'il n'y a plus qu'à souhaiter l'intervention prochaine d'une nouvelle loi pour modifier l'article 767, en y insérant une disposition d'après laquelle *l'époux survivant ne pourra exercer son droit que... sans préjudicier au droit de retour*, SAUF RENONCIATION DE LA PART DU DONATEUR.

Mais il nous semble encore bien plus difficile d'admettre l'intervention législative que M. Van Biervliet (3) nous présente comme le moyen le plus sûr de trancher toute difficulté, et qui consisterait à supprimer purement et simplement l'article 747 du Code civil.

Cette suppression a déjà été opérée par le Code des Pays-Bas et par le Code italien, et elle est proposée en Belgique par la commission de revision. Sans compter, d'ailleurs, qu'une semblable réforme pourrait se faire attendre longtemps en France, on peut considérer la solution de M. Van Biervliet comme beaucoup trop radicale et nullement désirable. La disposition de l'article 747 déroge, il est vrai, à la règle d'après laquelle la succession a pour

(1) *Op. cit.*, S. 1901. I. 435, col. 2 *in fine*.

(2) *Op. cit.*, p. 37.

(3) Van Biervliet, *De la nullité des pactes portant renonciation anticipée au retour successoral*, dissertation publiée dans la *Revue pratique du notariat belge*, du 30 avril 1905, p. 248.

objet le patrimoine du défunt, sans distinction quant à l'origine, ni quant à la nature des biens, mais cette disposition, dont l'origine historique est si lointaine, repose sur des motifs rationnels et pratiques assez puissants pour qu'on hésite, à juste titre, à la faire disparaître brusquement de nos lois.

D'ailleurs, il nous paraît inexact de conclure qu'une réforme législative pourrait seule permettre d'échapper à la solution regrettable de la Cour de cassation. Selon nous, en effet, la validité si désirable de notre clause litigieuse, nous apparaîtra clairement et sans effort, si nous pouvons démontrer que le retour successoral est un droit de succession à base contractuelle, un droit ayant pour fondement juridique la volonté présumée de l'ascendant donateur, qui peut alors, sans contradiction aucune, modifier à son gré sa volonté, soit pour l'étendre, soit pour la restreindre. C'est cette démonstration qu'il nous reste à faire.

TROISIÈME PARTIE

Le retour successoral considéré comme succession contractuelle.

Le moment est venu de chercher à établir cette théorie déjà annoncée, à l'aide de laquelle nous prétendons résoudre facilement et dans le sens indiqué les deux questions que nous venons de discuter.

Selon nous, en effet, le retour successoral, établi par l'article 747 du Code civil, bien que s'exerçant à titre héréditaire, repose cependant sur une convention présumée, sur une clause tacite de réversion, que la loi réputé écrite dans la donation faite par l'ascendant. Il n'offre pas avec le retour conventionnel cette opposition radicale et absolue que certains auteurs ont voulu découvrir, mais il en est seulement une forme modifiée et une adaptation spéciale. Autrement dit, il présente le caractère d'une hérédité contractuelle ; c'est en somme un retour fondé sur une convention tacite et auquel la loi a attribué certains caractères de la dévolution héréditaire.

Cette théorie est celle qui a déjà été soutenue et savamment développée par M. Gaudemet (1), dont nous suivons ici les enseignements. De plus, la même idée a été également présentée par M. Crouzel (2), qui, sans chercher à établir son système sur les preuves rationnelles et historiques qu'apporte M. Gaudemet, considère cependant de même l'article 747 comme interprétatif de volonté et en conclut logiquement que la vocation héréditaire, établie par cet article, a sa source « dans la donation même et dans la volonté du donateur plutôt que dans la loi ».

Cette idée d'une succession à base contractuelle, il faut l'avouer, n'est pas sans surprendre un peu au premier abord et on s'explique les critiques que lui ont adressées certains auteurs. Cependant, si on y réfléchit attentivement, on arrive aisément à concevoir qu'un droit héréditaire puisse avoir sa base dans une convention et on remarque que le Code civil lui-même nous en offre un exemple dans l'institution contractuelle. Cette opération juridique, qui tient à la fois de la donation testamentaire et de la donation entre vifs, consiste, en effet, dans une institution d'héritier faite par contrat de mariage ; c'est, comme l'a dit Cujas, un don irrévocable de succession ; le bénéficiaire d'une semblable donation possède bien une vocation héréditaire qui a sa source dans une convention, c'est par conséquent une succession à base contractuelle.

(1) *Op. cit.*, *Revue trimestrielle de droit civil*, t. I, 1902, p. 739 et suiv.

(2) *Op. cit.* — *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1903, p. 1 et suiv.

Mais l'application de cette idée, si rare dans notre droit français, est assez fréquente dans les législations germaniques ; on la retrouve tout particulièrement dans les *Erbverträge* ou *Conventions d'hérédité*, que le Code civil allemand régit dans les articles 2274 à 2302, et dans lesquelles chacun des contractants peut faire des dispositions conventionnelles à cause de mort (1).

Ces quelques indications suffisent à montrer que l'idée d'une succession à base contractuelle n'est pas nouvelle et se conçoit fort bien logiquement. Rien ne peut donc s'opposer à ce que le retour successoral soit ramené à ce même type législatif. Mais, pour prouver qu'il en est ainsi, il faut procéder avec ordre et méthode : aussi chercherons-nous d'abord à nous appuyer sur des considérations d'ordre pratique et rationnel ; nous recourrons ensuite aux arguments que nous fournissent les origines historiques de l'article 747, et enfin nous tenterons de relever, dans quelques décisions de jurisprudence, une certaine tendance à rapprocher le retour successoral du retour conventionnel et à assimiler les effets de ces deux institutions, tendance qui viendra ainsi corroborer les conséquences de notre théorie.

(1) V. Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, édit. Lehmann, § 310 et suiv. — V. aussi : Enrique García Herreros, *La sucesion contractual*, Madrid, 1902. D'après cet auteur, le contrat ayant sa cause efficiente dans la libre volonté des parties, sa forme juridique peut trouver son application dans toute la partie de la succession qui dépend surtout de la volonté du *de cujus*.

CHAPITRE PREMIER

Démonstration logique.

Si l'on compare la succession ordinaire *ab intestat* à la succession anormale, déferée à l'ascendant donateur en vertu de l'article 747 du Code civil, et si l'on cherche à découvrir les bases générales de ces deux systèmes de successions, on est immédiatement frappé par la remarque suivante : les différentes raisons, sur lesquelles est fondée la succession *ab intestat*, telle que l'a établie notre Code, sont absolument incapables de nous expliquer le droit de retour accordé à l'ascendant donateur.

En effet, le principe fondamental qui détermine l'ordre de succession *ab intestat* consiste dans l'affection présumée du défunt ; le législateur a voulu transmettre les biens du *de cujus* aux personnes pour lesquelles celui-ci était présumé ressentir l'affection la plus vive. Ce n'est pas à dire que la transmission des biens soit toujours basée exactement sur le lien du sang ; autrement dit, les parents les

plus proches ne sont pas toujours appelés à la succession avant certains parents plus éloignés, car l'affection ne dépend pas toujours de la proximité du degré ; c'est une loi de la nature que l'affection descend et qu'elle ne remonte pas : celle que l'on ressent pour ses descendants est plus vive que celle que l'on porte à ses ascendants ; ainsi le petit-fils succède-t-il de préférence au père du défunt.

Ce principe de l'affection présumée du défunt n'est peut-être pas le seul qui détermine l'ordre de succession, puisqu'il est étranger à la division des successions par ligne qui existe dans notre droit, mais néanmoins on peut le considérer comme le principe fondamental sur lequel se sont appuyés les rédacteurs du Code civil en cette matière. On distribue les biens aux différents héritiers d'après l'ordre naturel des affections de famille et sans tenir aucun compte, ainsi que le faisait notre ancien droit, de l'origine des divers biens transmis. En d'autres termes, la dévolution héréditaire, établie par notre Code, se base sur une présomption de volonté conforme du *de cujus* ; on considère que si le défunt avait réglé par testament la transmission de ses biens, il l'aurait fait de la façon prévue par la loi.

Si maintenant nous nous reportons au droit de retour de l'ascendant donateur, nous remarquerons aisément qu'il est difficile de l'expliquer au moyen de la même idée. Certains auteurs, il est vrai, ont tenté de le faire, mais leur explication semble bien insuffisante. Comment admettre, en effet, que c'est par suite de la volonté seule du *de cujus* que l'as-

endant, primé par d'autres héritiers pour l'ensemble de la succession, vient les écarter pour recueillir seulement certains biens qu'il a donnés et à la condition expresse que ces biens se retrouvent en nature dans la succession ou soient représentés par des valeurs qui leur sont subrogées réellement? Cette explication n'est certainement pas erronée, mais elle est manifestement insuffisante à déterminer le caractère spécial du droit de retour. Si le *de cujus* a voulu que les biens donnés par l'ascendant retournassent à ce même ascendant, c'était afin de respecter la volonté du donateur qui était telle lors de la donation. Ce n'est donc pas, en somme, par la volonté présumée du *de cujus* qu'il faut justifier le retour successoral, mais bien plutôt par la volonté présumée de l'héritier lui-même, c'est-à-dire de l'ascendant.

Par conséquent, si la loi transmet directement à l'ascendant donateur les biens qu'il avait lui-même donnés au défunt, c'est qu'elle considère que ce donateur n'avait voulu gratifier que le donataire lui-même ou ses descendants ; il ne voulait pas que sa libéralité profitât à d'autres ; son désir était donc de voir ces mêmes biens lui revenir en cas de prédécès du donataire sans postérité. On présume qu'une semblable stipulation est tacitement intervenue lors de la donation ; et la loi sous-entend dans celle-ci une condition que le donateur n'a peut-être pas voulu prévoir, parce que sa réalisation est peu vraisemblable ou qu'il n'a pas osé exprimer, ne voulant pas accompagner sa libéralité d'un sinistre présage ; mais laisser les biens donnés passer aux mains

d'héritiers collatéraux serait manifestement contraire aux intentions du donateur. Les conditions auxquelles l'article 747 subordonne l'exercice du droit de retour ne sont donc, comme le dit Huc, « que la traduction de la pensée qui inspirait l'auteur de la donation, pensée qui sert de base à la dévolution de la succession anormale (1) ».

C'est bien là le véritable fondement du retour successoral dont le caractère contractuel nous apparaît ainsi clairement. Ce droit est fondé sur une clause tacite de réversion, que l'ascendant est présumé avoir ajoutée lui-même à sa libéralité, et qui est subordonnée à la condition du prédécès du donataire sans postérité. Il a donc à sa base une convention, aussi peut-on le considérer comme une forme modifiée du retour conventionnel; il en diffère cependant, car, malgré sa nature contractuelle, il conserve, ainsi que nous allons bientôt le constater, certains caractères de la vocation successorale et mérite ainsi toujours son nom de retour successoral.

M. le procureur général Baudoin n'admet cependant pas cette théorie, mais il s'appuie pour la rejeter sur un raisonnement évidemment faux (2). En matière ordinaire, dit-il, la dévolution héréditaire se justifie en droit commun par une présomption de volonté conforme du *de cujus*; or cette présomption de volonté du *de cujus* ne change pas le caractère du droit héréditaire, n'en fait pas un droit contractuel;

(1) Huc, *op. cit.*, t. V, n° 82. - V. aussi Demolombe, *op. cit.*, t. XIII, n° 480.

(2) *Op. cit.*, *Pand. franç.*, 1903 I. 511, col. 1. — D. 1903. I. 360, col. 2, *in fine*.

jamais on ne l'a soutenu ; « comment aurait-elle donc cet effet au regard de l'ascendant donateur dans la succession anormale, dite retour légal, quand elle ne l'a pas au regard des héritiers ordinaires dans les successions ordinaires ? »

Ce raisonnement n'a aucune portée, ainsi que l'a fort bien reconnu M. Génv (1). En effet, dans notre système de succession *ab intestat*, la volonté du défunt, qui le justifie, est une volonté unilatérale dont la loi autorise la contradiction par un acte formel de la même volonté, le testament ; aussi est-il évident que jamais on ne pourra faire du droit héréditaire un droit contractuel. Mais dans la succession anormale, déferée à l'ascendant donateur, il en est tout autrement : la volonté de l'héritier a été connue et acceptée par le *de cuius*, il y a bien convention. Pour repousser notre théorie, il ne suffit donc point d'observer, comme l'a fait M. Baudoin, que la dévolution héréditaire de droit commun, justifiée par la présomption de volonté conforme du *de cuius*, ne devient pas pour cela un droit contractuel. Bien au contraire, ce rapprochement qu'on nous oppose ne fait que justifier notre thèse.

Cependant notre conception du droit de retour de l'ascendant donateur a soulevé d'autres objections plus sérieuses, auxquelles il nous faut maintenant répondre.

Si le droit de retour successoral repose sur une convention présumée, tacitement intervenue entre le donateur et le donataire, il est inexplicable, dira-t-on,

(1) *Op. cit.*, *Pand. franç.*, 1903. I. 499, col. 2.

que le donataire puisse, de lui-même, par sa propre volonté, aliéner le bien donné ou le grever de charges ou d'hypothèques ; puisque le retour légal est fondé sur la volonté du donateur, il devrait, comme le retour conventionnel, opérer résolution de toutes ces aliénations, de tous ces actes de disposition, afin que le bien revînt libre de toutes charges entre les mains de l'ascendant. S'il n'en est pas ainsi, on permet à l'un des contractants de violer la convention ou de la rendre inexécutable sans l'assentiment de l'autre partie.

Cette objection peut évidemment paraître assez embarrassante et il est naturel qu'on l'ait immédiatement soulevée contre notre système. La réfutation en est cependant aisée. Tout repose, en effet, sur une convention ; pourquoi ne pas admettre alors que le donateur, en gratifiant son descendant, ait voulu lui permettre de disposer complètement du bien qu'il lui transmettait, de s'en servir comme d'un instrument de crédit ? Ce n'est que dans le cas où ce bien n'aura pas été aliéné qu'il retournera à l'ascendant. Si on réfléchit aux conditions dans lesquelles s'accomplissent ordinairement ces libéralités, faites par un ascendant à un des descendants, on remarque que la plupart du temps la volonté du donateur sera telle : celui-ci fait une donation à un de ses enfants ou de ses petits-enfants afin de lui venir en aide, d'augmenter ses ressources, mais il entend bien lui laisser la pleine disposition de l'objet donné, lui conférer un droit aussi ferme et aussi stable que possible, afin d'attribuer à la libéralité toute son efficacité économique ; mais pourtant il ajoute une condition : si le

donataire prédécède sans laisser d'enfants et sans avoir usé de son droit absolu de disposer, si le bien donné subsiste par conséquent dans son patrimoine à son décès, l'ascendant deviendra alors propriétaire de ce bien, car il n'a pas voulu que sa libéralité profitât à d'autres qu'à ses descendants directs. La loi, en établissant le droit de retour, a voulu sous-entendre une clause que les parties auraient eu ordinairement l'intention de stipuler ; elle l'a sous-entendue dans les termes et sous les conditions qu'auraient le plus souvent prévus les contractants.

D'ailleurs, si l'éventualité du retour menaçait les actes de disposition accomplis de son vivant par le donataire, les tiers hésiteraient, en présence d'un tel danger, à traiter avec lui ; sa propriété étant ainsi résoluble, son crédit diminuerait forcément. Par conséquent, en accordant un effet résolutoire à la clause de réversion tacite, on violerait manifestement l'intention de celui qui l'a introduite, car la libéralité, loin de profiter entièrement au donataire, comme le désirait l'ascendant, lui nuirait certainement en portant atteinte à son crédit. Nous découvrons ainsi, dans notre droit de retour, contractuel en principe, un premier caractère de la vocation successorale.

M. Géný semble accepter ce raisonnement, mais il ne comprend pas, dit-il, pourquoi, si le retour de de l'article 747 est contractuel en principe, le donataire peut y faire échec par ses propres dispositions testamentaires, ce qui ressort, en effet, des termes mêmes de la loi, ainsi que le reconnaissent, d'ailleurs,

la doctrine et la jurisprudence (1). On s'explique, en effet, que l'enfant gratifié conserve le droit de disposer du bien donné pendant sa vie, mais il semble impossible de lui laisser le droit de disposer de ce bien par testament, sans porter atteinte à la convention tacite présumée, existant entre lui et le donateur. Sans doute, l'ascendant a voulu conférer au bénéficiaire de la donation un droit aussi stable que possible, mais à la condition expresse que ce bien lui revint, s'il existait dans le patrimoine du gratifié à son décès ; on ne comprend donc pas qu'il ait eu l'intention de lui permettre de léguer ce bien, de le transmettre à un autre après sa mort ; un tel acte de disposition testamentaire n'offre aucune utilité, aucun accroissement de crédit pour le donataire ; il semble donc contraire à l'intention présumée du défunt.

Cette objection est parfaitement juste et il est impossible d'y répondre en s'appuyant sur un simple raisonnement logique ; mais nous allons bientôt étudier les origines de notre article 747, et nous verrons qu'à l'époque de sa rédaction, on ne considérait le retour de l'ascendant donateur, que comme un droit de succession ; la nature contractuelle de ce droit semble avoir échappé aux rédacteurs du Code ; aussi, n'est-il pas surprenant, qu'en réglant les conditions d'exercice du retour, ils aient méconnu de la sorte les conséquences du caractère conventionnel de notre droit, et n'aient pas expressément enlevé

(1) Planiol, *op. cit.*, 3^e édit., t. III, n^o 1909, p. 374. — Demolombe, *op. cit.*, t. XIII, n^o 521. — Civ. Cass., 16 mars 1830 (S. chr. C. N., t. IX. I. 469). — Req. rej., 2 janvier 1838. (S. 1838. I. 634.)

au donataire la faculté de faire échec au retour par ses dispositions testamentaires. L'étude historique peut seule nous expliquer cette inconséquence.

Enfin, une autre objection contre notre théorie naît de l'obligation pour l'ascendant qui bénéficie du retour, de contribuer au paiement des dettes du *de cuius*. Le donateur qui stipule un droit de retour conventionnel, n'est pas tenu au paiement de ces dettes, pourquoi l'ascendant y sera-t-il tenu si son droit repose sur une base contractuelle ? N'a-t-il pas entendu reprendre les biens donnés sans avoir aucune part au passif de la succession qui doit lui rester étrangère ?

Ici encore, nous allons remarquer une nouvelle fusion du droit de retour avec le droit de succession, et constater, quoi qu'en pense M. Van Biervliet (1), que l'obligation aux dettes, qui peut paraître d'abord incompatible avec le principe contractuel du droit de l'ascendant, ne se comprend bien, tout au contraire, que si on admet ce principe.

L'ascendant donateur, en faveur duquel s'opère le retour, est obligé au paiement des dettes du *de cuius*; c'est un fait évident et tous les auteurs, à l'exception toutefois de MM. Aubry et Rau (2), admettent même qu'il y est obligé *ultra vires*. Nous voyons donc le donateur reprendre l'objet donné dans son individualité et contribuer cependant au paiement des dettes de la succession au prorata de son émolument; il nous apparaît, d'une part, avec le caractère de

(1) *Op. cit.*, *Revue pratique du notariat belge*, du 30 avril 1905, p. 246 et 247.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, 4^e édit., t. VI, p. 723, § 640 bis.

successeur à titre particulier, quand il succède à l'actif, et, d'autre part, avec le caractère de successeur à titre universel, quand il succède au passif. Il y a là une anomalie juridique surprenante, inexplicable même, prétendons-nous, si on ne recourt pas à notre conception du droit de retour.

Cependant, pour M. le procureur général Baudoin et pour M. Van Biervliet, cette anomalie n'existe pas. « Sans doute, dit M. Baudoin, le retour légal porte sur des biens déterminés, les biens donnés : mais ce n'est pas à dire que l'ascendant donateur les reprenne à titre particulier : ils constituent, dans ce cas, une universalité juridique, distincte de l'hérédité générale... L'ascendant la recueille à titre universel, activement en ce qui touche les biens donnés, passivement par contribution aux dettes, à due concurrence de son émolument, comparé à la valeur de toute la succession. Ce n'est point là, quoi qu'on en ait dit, une construction artificielle : c'est la réalité même (1). »

En résumé, pour M. Baudoin, il n'y a dans notre cas aucune anomalie juridique : l'ascendant succède activement et passivement à titre universel, et il en est ainsi parce que les biens donnés constituent dans l'ensemble des biens du donataire une sorte de patrimoine à part, une universalité juridique distincte de l'hérédité générale. Ce patrimoine serait donc formé activement par l'objet de la donation et passivement par une portion de dettes proportionnelle à cette valeur active.

(1) *Op. cit.*, D. 1903. I. 361, col. 1.

Cette idée a déjà été présentée par certains auteurs, entre autres par MM. Aubry et Rau et Demolombe (1), mais ce n'est, il faut bien le reconnaître, malgré l'opinion de M. Baudoin, qu'une construction juridique purement artificielle; de plus, elle offre le grand inconvénient de présenter certains dangers plus sérieux que ne veut bien le dire M. Van Biervliet.

Elle conduirait d'abord inévitablement à étendre au delà des limites posées par la loi le droit pour l'ascendant de reprendre la valeur représentative de son bien aliéné par le donataire; en cas d'aliénation de ce bien, en effet, l'article 747 ne confère une action au donateur que dans deux cas: lorsque l'objet est encore dû ou lorsque le donataire possédait une action en reprise. Or, la conception que nous rejetons arriverait à étendre, contrairement à la loi, les applications de cette subrogation réelle à tous les cas où les biens donnés sortis du patrimoine du donataire y seraient remplacés, de n'importe quelle manière, par des valeurs les représentant d'une façon certaine. Une semblable extension, que l'on a peut-être admise à tort autrefois, est aujourd'hui nettement condamnée par la loi (2). Les termes mêmes de l'article 747 limitent clairement le droit de l'ascendant.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 4^e édit., t. VI, p. 352, § 608, texte et note 32. — Demolombe, *Successions*, t. I, n^o 481 bis, p. 587. — Chabot, sur l'art. 747, n^o 22.

(2) Cette théorie extensive a été soutenue par Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, p. 353-357. Elle est formellement repoussée par Planiol, *op. cit.*, t. III, n^o 1914 et suiv., p. 375.

Mais en outre la construction juridique, présentée par M. Baudoin, offre un second danger. Si l'on considère que les biens recueillis par l'ascendant, en sa qualité de successeur anomal, constituent une universalité juridique distincte de l'hérédité générale, on ne peut, semble-t-il, exclusivement grever ce patrimoine spécial que des dettes relatives aux biens qu'il comprend ; le passif auquel est tenu l'ascendant ne peut, sans contradiction, contenir aucune autre charge. Mais cette solution est encore inacceptable, puisque tous les auteurs, sauf MM. Aubry et Rau, admettent avec raison que l'ascendant est tenu *ultra vires* et au prorata de son émolument au paiement de toutes les dettes du *de cujus*, quelles qu'elles soient, sans aucune distinction.

Il nous faut donc repousser cette construction artificielle qui ne repose sur aucune base précise et aboutit à des conséquences semblables. Mais nous nous retrouvons alors devant la même anomalie juridique créée par la situation de l'ascendant qui succède au passif à titre universel et à l'actif à titre particulier. Quoi qu'on en dise, il faut recourir à notre théorie, pour arriver à comprendre une pareille antinomie.

En effet, si le droit de retour repose vraiment sur une convention tacite de réversion, on s'explique aisément que l'ascendant succède à l'actif à titre particulier : il n'a entendu acquérir un droit éventuel de succession que sur les biens qu'il a donnés ; il n'a pas songé étendre son droit à une partie quelconque du patrimoine du donataire ; sa situation est la même que celle du donateur stipulant le retour conventionnel.

De plus, l'obligation de l'ascendant aux dettes se justifie facilement. L'idée de convention tacite explique parfaitement que le donateur soit tenu aux dettes à titre universel ; les mêmes considérations pratiques déjà présentées plus haut suffisent à nous le prouver. L'ascendant, disions-nous, a voulu, en gratifiant le donataire, attribuer à la libéralité son maximum d'efficacité économique ; son intention a été d'améliorer la situation de son descendant, d'accroître son crédit. Ce résultat ne peut être obtenu que si l'ascendant respecte toutes les aliénations, toutes les constitutions d'hypothèques consenties par le donataire. Mais ce n'est pas encore suffisant : pour que les tiers contractent en toute sûreté avec le donataire, pour qu'ils n'hésitent pas à lui accorder crédit, il ne faut pas qu'ils aient la crainte de voir à sa mort une partie de leur gage leur échapper sans compensation ; or, il en serait manifestement ainsi si l'ascendant reprenait les biens donnés sans supporter une part proportionnelle du passif. Par conséquent, on conçoit que, lors de la convention que nous présumons à la base du retour, l'ascendant ait entendu se réserver son droit de retour, en acceptant, non seulement de reconnaître tous les actes de disposition du gratifié, mais aussi de succéder, même *ultra vires*, aux dettes de celui-ci, au prorata de la valeur des biens qui lui feront retour ; il a agi ainsi, afin de permettre à sa libéralité de profiter dans toute la mesure possible au donataire. Mais l'engagement *ultra vires* étant fort onéreux et devenant pour le donateur un véritable engagement personnel et direct envers les créanciers du donataire, il

faut reconnaître à l'ascendant le droit de renoncer au retour ou de ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire, ce qui donne au droit de retour un nouveau caractère de la vocation successorale.

C'est ainsi que notre conception du droit de retour de l'ascendant nous permet de comprendre cette situation étonnante qui offrait une antinomie aussi frappante et aussi inexplicable.

Ces diverses objections faites à notre système étant ainsi réfutées, la nature contractuelle du droit de retour successoral nous semble bien nettement établie. C'est un droit fondé sur une convention tacite, mais auquel la loi a attribué certains caractères de la dévolution héréditaire ; sous certains aspects, il apparaît comme un droit de succession, sans rien perdre pour cela de sa nature contractuelle ; de là son nom exact de droit de retour successoral. C'est donc bien une succession anormale, une succession d'une nature particulière, conventionnelle par son principe, héréditaire par ses résultats. En conséquence, elle produira tous les effets des successions ordinaires, à la condition expresse que ces effets ne soient pas en contradiction avec son essence contractuelle. C'est ainsi que l'ascendant doit posséder la saisine, qu'il peut renoncer à son droit de retour ou ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire, mais que jamais la prohibition des pactes sur succession future ne pourra limiter ses conventions, puisque c'est sa volonté seule qui sert de base juridique à son droit.

CHAPITRE II

Démonstration historique.

L'histoire nous permet de confirmer et de compléter notre démonstration logique, mais, pour en tirer cet enseignement, il nous faut étudier le droit de retour successoral aux différentes époques de son existence, c'est-à-dire depuis le droit romain jusqu'au jour de la rédaction de notre Code civil.

SECTION PREMIÈRE

Le retour successoral en droit romain.

Le droit de retour a certainement existé en droit romain, mais il n'avait pas alors le caractère général qu'il possède maintenant dans notre droit; pour le retrouver, il faut analyser d'autres institutions juri-

diques dans le développement desquelles on voit se dessiner assez nettement sa silhouette primitive.

C'est, en effet, dans la théorie de la dot que l'on trouve l'origine du droit de retour. La dot pouvait être constituée, soit par la femme elle-même, soit par le *pater* de la femme, soit par tout autre parent ou même par un étranger. De toutes ces personnes, le père seul était tenu de la constituer ; cette obligation lui était imposée par une disposition spéciale de la loi Julia. La dot ainsi constituée par le père était appelée *profectitia*.

Le sort de la dot, soit pendant le mariage, soit à sa dissolution, a varié à Rome suivant les époques, mais toujours dans le sens d'une restriction de plus en plus considérable des pouvoirs du mari. A l'époque classique, la dot est devenue restituable, quelle que soit la cause de dissolution du mariage, si la personne qui l'a constituée en a stipulé la restitution.

Cependant, même en l'absence d'une stipulation ou d'une promesse quelconque de restitution, la dot est toujours restituable à la femme en cas de divorce et en cas de prédécès du mari. Par contre, en cas de prédécès de la femme, la dot reste au mari (1). Il y a pourtant une exception à cette dernière règle, exception qui ne se présente que dans l'hypothèse d'une dot *profectitia*, c'est-à-dire d'une dot constituée par le *pater* de l'épouse. Par conséquent, en cas de prédécès de la femme, le *pater* reprend, au moyen de l'action *rei uxoriæ*, les biens qu'il avait lui-même constitués en dot à sa fille et ce droit de retour

(1) Ulpien, Reg. VI, § 4.

s'ouvre pour lui, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une stipulation particulière.

C'est donc bien dans la théorie de la dot profectice que se trouve l'origine même du retour successoral de notre article 747 : l'ascendant succède à l'exclusion de toute autre personne, aux biens par lui donnés à son enfant.

Ce droit de retour est nettement établi par un texte de Pomponius (1), qui indique même le motif de cette institution : on ne voulait pas que le *pater* eût à la fois le double malheur de perdre sa fille et son argent, *ne amissæ filia et pecuniæ damnum sentiret*. Ce motif, qui a été vivement critiqué, s'explique cependant, et la rudesse des mœurs, ainsi que l'âpreté au gain des anciens Romains, devaient nécessairement le faire admettre. Mais le droit de retour doit aussi sa naissance à des raisons plus nobles que celles-ci : on a voulu favoriser les mariages et, dans ce but, on a encouragé le père à faire de son vivant, à sa fille, des libéralités dont on lui assurait le retour en cas de prédécès de la donataire (2). Ce dernier motif nous paraîtrait assez décisif pour avoir pu déterminer en droit romain la concession du même droit de retour à la mère et aux ascendants maternels, mais, s'il n'en a pas été ainsi, c'est uniquement parce que la législation romaine a toujours admis, en principe, la prééminence de la famille agnatique sur la famille naturelle.

Ce droit de retour accordé au père constituant à

(1) 6, Pr. Dig. *De jure dot.*, XXIII, 3.

(2) Code, loi 2, *De bonis quæ liberis*, liv. VI, tit. LXI.

sa fille une dot profectice, existait, disions-nous, même en l'absence de toute stipulation ou promesse de restitution, et cette règle semble logique, car il eût pu paraître dur à un père de prévoir, lors de la constitution de la dot, la mort prématurée de son enfant. « On reconnaît, dit Roussilhe (1), la sagesse des lois romaines à l'intention qu'elles ont de suppléer dans la constitution dotale la stipulation du retour. Tout père qui marie un de ses enfants se regarde déjà comme aïeul, bisaïeul... Rien n'est donc plus éloigné des vues de son esprit et des mouvements de son cœur que la prévision du sinistre événement auquel la prudence de la loi pourvoit, en suppléant, pour ce cas, la stipulation du retour. »

Par conséquent, à Rome, le droit de retour nous semble, dès son origine, découler d'une convention présumée sous-entendue dans toutes les constitutions de dot profectice.

Ce droit, réservé d'abord uniquement au père, fut étendu dans la suite à la *donatio ante nuptias* faite par l'ascendant paternel à son fils ; cette innovation fut l'œuvre des empereurs Théodose et Valentinien (2). Enfin, au neuvième siècle, l'empereur Léon le Sage, dans sa novelle 25, est venu étendre le droit de retour à toute donation simple faite par un ascendant en faveur d'un descendant. Mais, s'il élargit sur ce point le domaine de la réversion légale, il le restreint sur un autre en exigeant que le donataire soit mort sans postérité, restriction qui a été admise par la légis-

(1) Roussilhe, *Traité de la dot*, p. 521.

(2) Code, loi 2, *loc. cit.*

lation française. La constitution de l'empereur Léon tient toujours à l'écart la mère et les ascendants maternels.

SECTION II

Le retour successoral dans les pays de droit écrit.

Du droit romain, le droit¹ de retour passa, avec les mêmes caractères, dans nos pays de droit écrit, où il était appelé le plus souvent droit de réversion(1). Mais, petit à petit, on voit son champ d'application devenir plus étendu et c'est la jurisprudence des Parlements qui achève l'évolution, en accordant le droit de retour à la mère et à tous les ascendants de la branche maternelle.

Certains Parlements allèrent même plus loin. « Ce droit de retour, nous dit Furgole (2), a été considéré avec tant de faveur au Parlement de Toulouse que non seulement on l'a étendu à toute sorte de donations et en faveur de la mère et des autres ascendants, sans aucun égard à la puissance paternelle, mais encore en faveur des frères et sœurs, oncles et tantes de sang et non par alliance, ni des autres parents plus éloignés, lorsque le donateur décède sans enfants ; même s'il en laisse, le retour est accordé à

(1) On employait généralement l'expression droit de réversion dans les pays de droit écrit et droit de retour dans les pays coutumiers. Le génie différent des provinces a fait adopter au midi un mot d'origine latine, au nord un mot d'origine française.

(2) Furgole, question 42 sur l'ordonnance de 1731.

toutes ces personnes, pourvu que les enfants décèdent avant les donateurs. »

Les motifs de ce droit de réversion dans les pays de droit écrit sont sensiblement les mêmes que ceux que nous avons recherchés en droit romain. Ils sont clairement indiqués par Lebrun qui les ramène à trois (1).

Le droit de retour a d'abord été établi pour « consoler la douleur d'un père qui a vu troubler l'ordre naturel dans le prédécès de sa fille ». La désolation causée au père par la mort prématurée de son enfant ne doit pas être encore accrue par la perte de ses biens. Le second motif, plus noble que le précédent, est né du désir d'encourager les pères à doter leurs enfants, en leur assurant, en cas de prédécès de ceux-ci, le retour des biens qu'ils avaient constitués en dot; on pouvait espérer faciliter ainsi les mariages.

Enfin à ces deux motifs, que nous avaient déjà indiqués les textes romains, Lebrun en ajoute un troisième d'une nature un peu plus particulière : en mariant son enfant, le père est présumé avoir voulu pourvoir non seulement aux besoins de son fils, mais aussi à ceux de sa postérité ; il a eu le désir de favoriser les enfants à naître du mariage. Par conséquent, pour être d'accord avec la volonté présumée du père, on doit restituer à cet ascendant les biens qu'il avait donnés à son enfant, si cet enfant prédécède sans postérité, sans quoi la donation profiterait à des personnes que le père ne voulait pas gratifier. Nous devons donc conclure, avec Lebrun, que

(1) Lebrun, *Traité des successions*, liv. 1, chap. v, sect. 2.

le droit de réversion est fondé sur une présomption de volonté conforme de l'ascendant.

Cette opinion est d'ailleurs pleinement confirmée par Furgole, qui nous démontre fort clairement que le droit de retour est basé sur une stipulation tacite à laquelle la loi supplée. Le retour ayant les mêmes caractères qu'en droit romain, cet auteur appuie sa démonstration sur un texte du Code (1), texte dans lequel, après avoir réglé le retour accordé au père et l'avoir refusé aux étrangers, à moins qu'il n'y eût un pacte exprès, l'empereur Justinien ajoute : *Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus*, ce qui prouve que le retour est bien fondé sur une convention tacite, inhérente à la donation et tenue pour conforme à la volonté probable de l'ascendant.

C'est aussi l'opinion de Roussilhe (2) et de Ricard (3).

De ce que le retour est ainsi basé sur une stipulation tacite et légale, il s'ensuit d'abord qu'il n'est pas un droit de succession ; il est, au contraire, comme dit Furgole, plus fort qu'un droit de succession. En voici une conséquence : c'est que, si le donataire meurt laissant un héritier plus proche que le donateur, les biens doivent néanmoins revenir à l'ascendant ; bien plus, « si cet héritier, ajoute Furgole, est un ascendant qui eût droit de demander une légitime sur les biens du donataire, il ne pourrait pas la prendre sur les biens qui font retour ».

(1) Code, liv. V, tit. XIII, § 13.

(2) *Traité de la dot*, chap. xiii, sect. 2.

(3) Ricard, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, 3^e partie, chap. vii, sect. 4.

Comme seconde conséquence de la nature contractuelle du retour, les biens donnés reviennent de plein droit au donateur, *veluti quodam jure postilimini* ; le donateur n'a aucune action à intenter. C'est bien là un effet naturel de la stipulation tacite de retour que la loi supplée dans la constitution de dot.

En troisième lieu, il s'ensuit que le retour est accordé nonobstant toutes dispositions testamentaires ou entre vifs faites par le donataire ; il résout de plus toutes les aliénations et hypothèques créées par ce dernier, car la stipulation tacite sous-entendue affecte les biens donnés *ex causa antiqua*. C'est la conséquence la plus importante de la nature du droit de retour : tous les actes de disposition consentis par le donataire sont effacés rétroactivement ; quant à l'obligation aux dettes et charges successorales, il n'en est certainement pas question pour le donateur.

Cette doctrine, ainsi établie par les auteurs dans son principe et dans ses conséquences, était consacrée même par les coutumes des pays de droit écrit. C'est ainsi que la Coutume d'Acts, du ressort de Bordeaux, rédigée en 1514, porte que le père ou la mère répète le bien donné. La Coutume de Bayonne (1) déclare que les sommes données retournent au donateur. Les Coutumes de Navarre et de Béarn annoncent que les père et mère recouvrent la dot.

On trouve donc dans tous les pays de droit écrit l'idée de clause résolutoire fondée sur une conven-

(1) Tit. IX, *Des assignations de dot*, art. 2, et tit. XII, *Des successions*, art. 34.

tion tacite. Mais les conséquences tirées de ce principe furent développées avec une logique telle que la théorie semble avoir méconnu les raisons pratiques qui conduisent à attribuer au droit de retour certains effets d'une dévolution héréditaire. On considérait, comme l'a dit Furgole, que le retour n'était plus un droit de succession, qu'il était, au contraire, plus fort que le droit de succession.

Cependant les conséquences de ce principe étaient souvent en telle contradiction avec les considérations pratiques, que tous les Parlements n'osèrent pas les admettre. Si l'on examine, en effet, la jurisprudence des Parlements de droit écrit, relativement à cette question, on peut diviser ces Parlements en trois groupes.

Le premier groupe comprend les Parlements de Bordeaux, de Toulouse et de Grenoble, qui déduisaient logiquement toutes les conséquences du principe posé (1). Le Parlement de Toulouse « accorde, nous dit Furgole (2), le retour au donataire, nonobstant toutes dispositions testamentaires et de plus résout toutes les aliénations et hypothèques créées par le donataire ». Les Parlements de Grenoble et de Bordeaux jugeaient de même. Le président de Lamoignon était même d'avis de rendre cette maxime universelle; mais le vœu de ce magis-

(1) V. Béchét, chap. iv, *De la réversion*. — Lapeyrère, lettre R. — Salviat, v^o dot. — Despeisses, tit. XIV, sect. 4. — Dolive, liv. IV, chap. viii. — Catellan, liv. V, chap. viii. — Ferrerius, quest. 147 de Guy-Pape. — Furgole, *op. cit.* — Ricard, *op. cit.*

(2) *Op. cit.*

trat est resté sans effet ; la discordance qu'il a voulu faire cesser a continué à subsister.

Dans ces trois Parlements, les biens retournent au donateur libres de toutes charges et hypothèques. La jurisprudence du Parlement de Bordeaux a cependant été contestée sur ce point. Quant au Parlement de Toulouse, il admet pourtant une exception à cette règle : il soumet le bien donné par contrat de mariage à une hypothèque subsidiaire en faveur de la dot et des conventions matrimoniales de la femme du donataire. Mais cette exception est un privilège personnel à la femme et il ne passe pas à ses héritiers ; Furgole voulait même qu'on l'enlevât à la femme.

On jugeait différemment dans le ressort du Parlement de Provence, qui formait à lui seul le second des groupes dont nous venons de parler. La jurisprudence de ce Parlement distinguait selon que les actes de disposition du donataire étaient à titre gratuit ou à titre onéreux ; elle anéantissait les premiers et maintenait les seconds (1).

Quant au troisième groupe, il comprenait les Parlements de Dijon et de Paris pour les pays de droit écrit de leur ressort (2). Nous verrons bientôt que dans les pays de coutumes le droit de retour était

(1) De la Rouvière, liv. II, chap. xvii. — Duperrier, *Maximes de droit*, liv. V. — Bretonnier, *Questions alphabétiques*, v^o retour.

(2) Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. II, sect. 3. — Despeisses, tit. XIV, sect. 4. — Ricard, *Traité des donations*, liv. III, chap. vii, sect. 4. — Lebrun, *Traité des successions*, liv. I, chap. v, sect. 2. — Renusson, *Des propres*, chap. ii, sect. 19. — Davot, tit. VI, p. 191. — Raviot, *sur les arrêts de Périer*.

considéré comme un droit de succession, aussi les deux Parlements allaient beaucoup plus loin que celui de Provence : ils admettaient l'irrévocabilité de toutes les aliénations consenties par le donataire, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, et, de plus, ils soumettaient l'ascendant à la contribution aux dettes du donataire.

« Il a été jugé, dit Lebrun (1), par arrêt du 19 juillet 1866, que dans les provinces de droit écrit, qui sont du ressort du Parlement de Paris, le droit de réversion n'empêchait pas la fille donataire de disposer, et qu'il n'avait lieu que sur la succession *ab intestat*. »

Merlin (2), de son côté, s'exprime ainsi : « Henrys (liv. VI, chap. v, quest. 13) rend un témoignage bien formel de cette jurisprudence. Quoique nous ayons, dit-il, soutenu deux ou trois fois le contraire, savoir que la fille ne peut pas, par sa disposition, faire préjudice au droit de réversion, on a toujours jugé (au présidial de Forez) que ce droit n'a lieu qu'*ab intestat*. Dans un autre endroit (liv. V, quest. 26), il rapporte un arrêt du 16 septembre 1658, confirmatif d'une sentence du même siège, qui avait jugé que l'institution faite par une fille au profit de son mari, devait avoir son effet au préjudice de la mère qui avait constitué la dot. »

De plus, d'après la jurisprudence de ces derniers Parlements, celui qui reprend les biens donnés peut aussi être contraint, par les créanciers du donataire,

(1) *Op. cit.*

(2) Merlin, *Répertoire*, v^o réversion, sect. 1, § 2, art. 2.

à sa portion de dettes, mais pourtant « il a le droit, nous dit Roussilhe (1), de se pourvoir pour demander la récompense du montant de ce qu'on lui fait acquitter sur les autres biens libres laissés par celui à qui il avait fait donation, parce que ce n'est que subsidiairement, et à défaut d'autres biens, que celui qui reprend ses biens par droit de retour contribue au paiement des dettes du donataire (2) ».

En somme, les Parlements de Paris et de Dijon, pour les pays de droit écrit de leur ressort, n'étaient pas d'accord avec le principe admis. Afin de résister ainsi aux effets de la clause résolutoire, ils faisaient du droit de retour, comme le dit Lebrun, un droit mixte participant à la fois du droit de réversion et du droit de succession. Cette combinaison permettait d'obtenir des résultats plus conformes à l'équité. C'est encore ce qui se passe actuellement dans notre droit, où le retour successoral, malgré sa nature contractuelle, produit certains effets de la dévolution successorale ordinaire.

Telle est ainsi, brièvement résumée, la conception des pays de droit écrit sur la nature du droit de retour (3). Ce droit est considéré comme ayant à sa base une condition résolutoire tacitement stipulée

(1) *Op. cit.*

(2) Zacharie assimile celui qui a un droit de retour au légataire *in sensu juris romani, cui lex loco testatoris imposuit obligationem solvendi debita hæreditaria pro rata emolumentum sui*. (T. II, p. 293 de la trad. de MM. Vergé et Massé.)

(3) V. le résumé de cette jurisprudence des parlements des pays de droit écrit dans Merlin, *Répertoire*, v^o réversion, sect. 1, § 2, art. 2. — V. aussi Lamoignon, *Arrêts*, v^o donations entre vifs, art. 61.

par le donateur pour le cas de prédécès du donataire sans postérité ; cette condition produisait en général les mêmes effets que si elle avait été stipulée expressément.

SECTION III

Le retour successoral dans les pays de coutumes.

L'étude du droit de retour successoral dans les pays de coutumes doit être faite avec un soin spécial, car l'institution coutumière est l'antécédent direct de l'article 747 de notre Code civil, article qui reproduit lui-même à peu près les termes de l'article 313 de la Coutume de Paris. Il importe donc de préciser autant que possible les sources et le principe juridique du retour en droit coutumier.

Avant d'entrer dans le détail de cette étude, il est nécessaire d'indiquer de suite que la conception primitive du droit de retour de l'ascendant donateur est tout autre dans les pays de coutumes de ce qu'elle était dans les pays de droit écrit : le droit de retour va nous apparaître ici, dès son origine, comme un droit de succession. Mais alors qu'en droit écrit le retour, contractuel en principe, avait fini par présenter certains aspects d'une dévolution successorale ordinaire, de même verrons-nous, dans les provinces coutumières, le droit de l'ascendant, présenté d'abord comme un droit d'hérédité, offrir ensuite des traits distinctifs rappelant sa nature convention-

nelle intime. Ces constatations nous apparaîtront d'ailleurs clairement au cours de l'étude historique à laquelle nous allons nous livrer.

Ce n'est que relativement assez tard, c'est-à-dire au milieu du seizième siècle, que le droit de retour apparaît dans les provinces coutumières et s'y établit en pratique. Il est vrai pourtant qu'un arrêt du Parlement de Paris de 1268, sous le règne de saint Louis, semble avoir admis ce droit. Merlin (1) mentionne cet arrêt, mais il reconnaît qu'il est resté isolé. « Nous n'oserions, dit-il, assurer que cette jurisprudence ne soit soutenue constamment jusqu'à la réformation de la Coutume de Paris qui l'a consacrée. Il paraît, au contraire, qu'elle fut longtemps combattue, peut-être même oubliée. Il n'en est fait mention ni dans les Coutumes notoires et jugées au Châtelet de Paris, ouvrage du quatorzième siècle, ni dans la première rédaction de la Coutume de Paris, faite en 1510. On trouve même dans Chopin, *de moribus Parisiorum*, titre III, n° 28, un arrêt de 1554, qui semble juger contre le droit de retour. »

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'insister sur cet arrêt de 1268, car on a donné à son sujet différentes interprétations, et on pense que cette décision, dont Merlin semble n'avoir pas connu le texte (2), a peut-être été rendue pour un des pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris et non pour un pays de droit coutumier. S'il en était vraiment ainsi, on ne pourrait en tirer aucun argument.

(1) *Op. cit.*, v° réversion, sect. 2, § 2, art. 1.

(2) V. Guénoys, *Conférence des coutumes*, p. 711.

Quoi qu'il en soit, cet arrêt est resté isolé et il semble que jusqu'au seizième siècle le droit de retour soit resté inconnu dans les pays de coutumes. Ce n'est cependant pas l'opinion de M. Coin-Delisle (1). D'après cet auteur, le retour légal était connu et appliqué dès le treizième siècle et avait déjà alors le caractère d'un véritable droit de succession. Il s'appuie sur un passage de Beaumanoir (2), dans lequel on lit en effet : « Quelques-uns ont douté qu'après être sorti des mains du père ou de la mère et entré en celles de leurs enfants par don ou de toute autre manière, un héritage pût ensuite revenir au père ou à la mère ; mais ils se trompent. Quand l'enfant meurt sans hoirs de son corps, ses héritages et ses meubles et acquêts reviennent à son père ou à sa mère comme au plus prochain héritier, bien qu'il ait des frères et sœurs. » Coin-Delisle conclut des textes de Beaumanoir que le retour légal existait dans l'ancien droit français, mais il n'existait, pense-t-il, que pour les immeubles, parce que les immeubles seuls étaient propres, tandis que les meubles n'étaient pas susceptibles de cette qualité ; il n'avait lieu que pour les ascendants appelés à la succession des propres de leur ligne, et l'ascendant n'avait pas à invoquer sa qualité de donateur, ni à prouver l'origine des biens.

Cependant, d'autre part, Merlin nous apprend qu'on ne trouve aucune mention du droit de retour ni dans les Coutumes notoires du Châtelet, ni dans le grand coutumier de Charles VI, ni dans le livre

(1) Coin-Delisle, *Etude sur l'art. 757 du Code Napoléon*. (*Revue critique*, 1857, ancienne série, t. X.)

(2) *Coutumes de Beauvoisis*, chap. xiv.

des commandements d'office de Justin, ni dans la Somme rurale de Bouteillier, ni dans la première rédaction de 1510 de la Coutume de Paris. Mais Coin-Delisle déclare que l'on a tort d'argumenter du silence gardé par ces ouvrages ; pour lui, le silence d'un recueil sur une question ne prouve rien, car la rédaction des coutumes, et principalement la première, n'a jamais pu être complète.

Malgré ces divergences d'opinions, on peut considérer le droit de retour comme fort peu connu et fort peu appliqué dans les provinces coutumières avant le seizième siècle. Cette solution n'est d'ailleurs pas surprenante, car l'introduction de ce droit soulevait les plus sérieuses objections.

Le droit de retour peut, en effet, être envisagé de deux manières différentes. Ou bien on le regarde, ainsi qu'en droit écrit, comme une condition résolutoire tacitement stipulée lors de la libéralité, ou bien on en fait un droit héréditaire basé sur les principes des successions. Or l'une et l'autre de ces conceptions étaient incapables, en droit coutumier, de permettre l'introduction d'une semblable institution.

On ne pouvait, en effet, voir dans le droit de retour une résolution tacitement stipulée lors de la donation, car, d'après Louet (1), un tel retour des choses données était contraire à la nature de la donation ; une condition résolutoire ne pouvait être entendue dans une libéralité. « Il est au pouvoir de celui qui donne, dit Louet, de stipuler le retour ; s'il

(1) Louet, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, lettre P, n° 47.

n'est point stipulé, *pura remanet donatio* ; l'on use de la comparaison des grâces que Dieu donne aux hommes, aux donations faites par les pères à leurs enfants ; c'est sans aucune rémunération, réversion, ni récompense. » Autrement dit, le retour conventionnel était permis, le retour légal ne l'était pas.

D'un autre côté, il était difficile de baser le droit de retour de l'ascendant sur les principes des successions sans se heurter à une règle fondamentale des coutumes, la règle de la succession aux propres ainsi énoncée : *Propres ne remontent* ; les ascendants étaient toujours exclus par les collatéraux ; parfois même, à défaut de collatéraux, ils étaient exclus par le fisc. Cette exclusion était presque générale ; seules quelques coutumes ne la connaissaient pas, ainsi que l'enseigne Beaumanoir dans le passage que nous avons rapporté précédemment.

Pour obvier à ces inconvénients, on aurait vainement cherché à invoquer les principes du droit romain sur la dot profectice ; ces principes étaient inapplicables en droit coutumier « où, d'après Louet, la raison de succéder était tout autre ».

Tels sont les obstacles sérieux qui s'opposaient à l'introduction du droit de retour dans les pays de coutumes. Il a fallu l'intervention de Dumoulin lui-même pour permettre de tourner ces obstacles, de repousser ces objections et d'établir définitivement le droit de l'ascendant.

Dumoulin s'attacha à détruire la seconde objection, qui empêchait de fonder le droit de retour sur les principes mêmes des successions. L'obstacle à surmonter provenait, disions-nous, de la règle cou-

tumière: *Propres ne remontent*. Or, cette règle, malgré la brièveté de sa rédaction, est assez complexe, et il ne faut pas, pour l'interpréter, s'attacher à la signification littérale des termes employés. On lit, en effet, dans les Coutumes notoires : « Père et mère ne succédaient aux propres », et dans la première rédaction de la Coutume de Paris : « Propres ne remontent point », expressions qui semblent bien exclure totalement les ascendants de la succession de leurs descendants. Cependant Dumoulin, grâce à une interprétation fort ingénieuse, est parvenu à donner à ces formules un sens tout différent de celui qu'on leur attachait autrefois : il déclare nettement entendre la prohibition de succéder qui frappe les ascendants en ce sens, que la loi a seulement voulu les exclure de la succession aux propres qui viennent de l'autre ligne et non pas de la leur.

L'adage en question devient ainsi purement et simplement une application aux ascendants de la règle *paterna paternis, materna maternis* (1).

De plus, Dumoulin nous présente la division des biens du *de cujus* en propres et en conquêts, d'une manière qui lui est toute personnelle : pour lui, les propres sont les biens acquis par succession et les conquêts sont les biens acquis par donation. Or, la règle « Propres ne remontent » s'applique exclusivement aux propres ; elle est donc inapplicable aux

(1) V. Meynial, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres*, mémoire présenté au Congrès international de droit comparé, p. 21 et suiv.

biens soumis au droit de retour, puisque ce sont des biens acquis par donation, c'est-à-dire des conquêts.

Cette interprétation donnée par Dumoulin à la grande règle coutumière apparaît dans ses commentaires des différentes coutumes. La Coutume d'Artois (art. 75) porte « qu'héritage propre, qu'héritage patrimonial ne remonte point et n'y succèdent et ne sont héritiers les père et mère », et Dumoulin ajoute : « Excepté aux biens venus de leur part, car alors ce n'est pas remonter, c'est retourner. »

Dans son annotation de la Coutume de Paris (art. 129), il fait une déclaration semblable et il dit clairement que les propres sont les biens qui viennent par succession : *Ego dico quod iste articulus præsupponit ea solum esse propria quæ veniunt per successionem*. Plus loin, il s'exprime encore ainsi : *Donatio per patrem facta filio moriente redit ad patrem, etiamsi sit de propriis, quia censetur conquestus et non proprium, ex quo filius præmoritur, nec succedit*.

Dumoulin nous rapporte, sous ce même article 129 de la Coutume de Paris, une série d'espèces jurisprudentielles qui se présentèrent, au milieu du seizième siècle, dans des régions soumises à des coutumes différentes (Paris, Nevers, Artois, etc.) et qui paraissent avoir assez embarrassé les Cours de justice ; ces Cours étaient, en effet, généralement hostiles à la reconnaissance du droit de retour, mais Dumoulin, parvenant à démontrer que la règle « Propres ne remontent » ne fait pas obstacle à ce droit, critique vivement ces arrêts. Voici, d'ailleurs, en quels termes il nous rend compte de l'un d'eux :

« Un père avait donné par contrat de mariage une ferme à son fils pour lui être propre pour lui et les siens. Survient la mort du fils sans enfants : les oncles paternels se présentent à la succession et réclament la métairie ; le père veut la recouvrer, parce que, dit-il, il n'a jamais entendu donner aux étrangers, mais seulement à sa lignée et à sa descendance. L'affaire mise au rapport de M. de Chevrières, il fut ordonné aux parties de s'arranger. Notre auteur s'en étonne, car, pour lui, il fallait juger en faveur du père, surtout s'il était dit dans la donation qu'elle était faite en avancement d'hoirie (1). »

C'est encore Dumoulin, dit Roussilhe (2), qui nous fait remarquer que la Coutume de Montargis « après avoir admis dans l'article 7 la règle « Propres ne remontent », établit dans l'article 9 le retour en faveur des ascendants donateurs ; il enseigne qu'il faut suivre cette jurisprudence, même dans les coutumes qui y sont opposées, parce que cela ne vient que d'un malentendu... »

Cette doctrine de Dumoulin est vraisemblablement exacte, cependant elle peut paraître quelque peu fondée sur des subtilités d'argumentation et les théoriciens de l'époque eurent nécessairement quel-

(1) Dumoulin, sur l'art. 129 de l'ancienne Coutume de Paris. — « Pater in contractu matrimonii dedit filio tale prædium pour luy être propre pour luy et les siens. Postea moritur filius sine liberis : veniunt patruelles et petunt prædium. Pater vult recuperare : quia dicit quod non putabat dare exteris sed solum proli suæ et descendentibus : au rapport de M. de Chevrières, fuit causa defensa et justæ partes concordare. Ego dico quod judicandum erat pro patre et tanto magis si dictum erat en avancement d'hoirie. »

(2) *Op. cit.*

ques hésitations à l'admettre. Mais malgré les réserves possibles sur la valeur de l'argumentation, la théorie était vraiment conforme aux exigences de la pratique et cela seul était suffisant pour la faire triompher rapidement. Les ascendants pouvant désormais succéder aux propres de leur ligne, on vit bientôt la doctrine soumettre ce nouveau domaine à la réglementation du droit commun, c'est-à-dire aux principes de la succession des acquêts et le droit de retour fut par suite accordé à l'ascendant donateur.

Aussi, lorsqu'en 1580, on réforme la Coutume de Paris, l'article 313 du nouveau texte consacre l'existence du droit de retour en termes exprès : « Toutefois (les ascendants) succèdent ès choses par eux données à leurs enfants décédans sans enfans et descendans d'eux. » Ferrière (1) nous apprend que cet article fut introduit précisément dans le but de faire cesser les hésitations indiquées par Dumoulin. D'ailleurs presque toutes les coutumes suivirent l'exemple de la Coutume de Paris et consignérent cette nouvelle règle dans leurs textes (2).

Par conséquent, le droit de retour de l'ascendant donateur apparaît clairement dans les textes coutumiers, mais la nature de ce droit paraît être différente de ce qu'elle était dans les pays de droit écrit :

(1) Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentaires sur la Coutume de Paris*, art. 313, § 1.

(2) V. *Coutumes d'Orléans*, art. 315 ; *de Calais*, art. 104 ; *de Laon*, art. 108 et 109 ; *de Châlons*, art. 87 et 88 ; *de Reims*, art. 27 et 29 ; *de Poitou*, art. 285 ; *de Nivernais*, chap. xxvii, art. 29 ; *de Berry*, tit. XIX, art. 5 ; *du duché de Bourgogne*, tit. VII, art. 14 ; *du Bourbonnais*, art. 314, etc.

tandis que dans ceux ci le retour repose sur l'idée de clause résolutoire fondée sur une convention tacite, dans les pays de coutumes, au contraire, il est présenté comme un droit successoral. C'est là un point indiscutable confirmé par tous les auteurs.

Mais de ce que le droit de retour de l'ascendant était regardé comme un droit successoral, il ne s'en suivait pas pour cela que l'on méconnaissait la dualité intime de sa nature. Nous avons vu, en effet, que ce droit, dès son origine, reposait sur une base conventionnelle ; or ce fondement primitif a certainement été reconnu et admis à l'époque coutumière et on peut affirmer que, dans les pays de coutumes, le droit de retour a un caractère mixte de réversion et de succession, qu'il repose non seulement sur l'idée de succession mais aussi sur l'idée de convention tacitement stipulée. Mais, pour prouver la vérité de cette assertion, il faut d'abord reprendre attentivement l'argumentation de Dumoulin, puis examiner ensuite le développement doctrinal et jurisprudentiel qui suivit immédiatement la réformation de la Coutume de Paris.

Revenons donc sur la doctrine de Dumoulin. Cet auteur divise, avons-nous vu, les biens en propres et en conquêts : les propres sont les biens acquis par succession et les conquêts les biens acquis par donation. Les biens soumis au droit de retour, étant acquis par donation, sont des conquêts et par suite la règle : « Propres ne remontent » leur est inapplicable. La base de l'argumentation repose donc sur le point suivant : soutenir que les biens donnés sont, à l'égard du donataire, non pas des propres

mais des conquêts. Or cette raison n'a qu'une valeur purement négative ; il est certain qu'elle permet de repousser l'objection tirée à l'encontre du droit de l'ascendant de la règle coutumière, mais c'est tout : elle ne nous prouve pas que l'ascendant possède le droit de retour. Aucune règle ne s'oppose, il est vrai, à ce qu'il le possède, mais ce n'est pas suffisant, il faut que ce droit lui soit conféré. On admet que les biens donnés par l'ascendant soient des conquêts, mais pourquoi, à l'égard de ces conquêts, l'ascendant sera-t-il préféré à tout autre héritier ? Les textes coutumiers nous indiquent les règles générales de la succession aux conquêts, mais on n'y trouve aucun principe permettant de justifier le droit de préférence à tout autre héritier de l'ascendant donateur.

On en trouve d'ailleurs une preuve dans Laurière (1). Deux siècles plus tard, en effet, le sens de la règle : « Propres ne remontent » avait changé et on était d'accord pour y voir un simple corollaire du principe : *Paterna paternis...* Or Laurière, cherchant à rattacher le retour successoral aux principes généraux des successions, reconnaît aux biens donnés, contrairement à Dumoulin, le caractère de propres et il explique le droit de l'ascendant précisément par ce caractère. « Le père ou la mère survivant, dit-il, est un véritable héritier ; le fonds donné est un propre du côté et de la ligne du donateur, et il ne peut y avoir de parent de ce côté et de cette ligne qui soit plus proche que lui. » Il est bien certain qu'au

(1) Laurière, *Commentaire de la Coutume de Paris*, art. 313.

temps de Dumoulin l'explication de Laurière aurait été une simple pétition de principe.

Par conséquent, l'argumentation de Dumoulin ne suffit pas à expliquer le droit de retour successoral, et il ne nous paraît y avoir qu'un seul moyen de fournir cette explication, c'est de revenir à celle qui était donnée dans les pays de droit écrit, c'est-à-dire de justifier le droit de retour par une présomption de volonté conforme du donateur en le basant sur une convention tacitement stipulée lors de la donation.

Mais, examinons de près, comme nous nous le sommes proposé, les textes mêmes de Dumoulin ; nous y verrons que cette idée de convention tacite n'est peut-être pas tout à fait étrangère à cet auteur. Nous avons rapporté précédemment le résumé d'un procès relaté dans son commentaire sur l'article 129 de la Coutume de Paris ; or, dans cet exposé, il indique fort nettement l'idée d'une stipulation tacite invoquée devant les juges par le père donateur : *Non putabat dare exteris, sed solum proli suæ et descendentibus*. En faisant la donation, le père n'avait pas l'intention de gratifier des étrangers, mais seulement son enfant et ses descendants. Cette volonté du père n'a pas été exprimée formellement lors de la donation, mais elle n'en a pas moins été l'idée directrice et fondamentale de la libéralité, et c'est sur cette convention passée tacitement avec le donataire, que l'ascendant base son droit de retour.

Plus loin, sous le même article, Dumoulin examine un cas un peu différent. Le fils donataire meurt, laissant à son décès, comme héritier, un enfant qui

décède lui-même sans postérité du vivant de l'ascendant donateur ; le droit de retour appartient-il encore dans ce cas à l'ascendant ? Dumoulin répond affirmativement. Cette réponse n'est cependant pas sans étonner, car l'argumentation du savant jurisconsulte est inapplicable ici : le droit de retour successoral peut s'exercer, a-t-il dit, malgré la règle « Propres ne remontent », pour la raison que les biens soumis au retour ne sont pas des propres, mais des conquêts ; or, dans le cas présent, les biens en question sont entrés par succession dans le patrimoine du petit-fils prédécédé ; ce ne sont donc pas des propres mais des conquêts, et le raisonnement de Dumoulin est impuissant à les soumettre au droit de retour. Comment alors comprendre la réponse affirmative du jurisconsulte ? Examinons les termes dans lesquels il s'exprime : *Ego vero altiori ratione moveor* (1) ; il est porté à décider ainsi par une raison plus profonde, un motif plus sérieux, mais cette raison, ce motif, ne peut être que la volonté même de l'ascendant, volonté tacitement stipulée de gratifier son enfant ou ses petits-enfants, mais nulle autre personne (2).

L'idée d'une convention tacite, à la base même du retour successoral, semble donc bien apparaître dans les textes mêmes de Dumoulin, mais elle n'apparaît, il est vrai, qu'assez vaguement ; elle n'a été,

(1) « *Ego vero altiori ratione moveor, etiamsi filius relinqua nepotem patri succedentem et mox morientem, vivo avo, ad eum redit.* »

(2) La solution que donne ici Dumoulin ne fut pas acceptée par le droit postérieur.

semble-t-il, qu'à peine entrevue par notre jurisconsulte. Aussi, si nous voulons voir cette même idée se dessiner avec plus de netteté, faut-il nous reporter aux œuvres des successeurs immédiats de Dumoulin et particulièrement à celles des arrétistes.

Louet (1) s'appuie formellement sur l'autorité de Dumoulin et adopte pleinement son argumentation ; il déclare que les coutumes, qui ne reconnaissent pas particulièrement ce droit de retour, doivent cependant l'accorder à l'ascendant donateur « parce que, dit-il, c'est une loi particulière qui a pour fondement l'équité et la raison, qui se peuvent aisément suppléer en la coutume, qui ne dispose point au contraire ». Les coutumes, qui n'ont pas introduit expressément le retour successoral dans leurs textes, doivent donc néanmoins l'appliquer en pratique (2), « car, dit Louet, la cause de don cesse par la mort du fils, quand il décède sans enfans ; nul sujet ni raison de présumer que le père se soit voulu dépouiller pour autre que pour son fils et ses fils descendants ». Ces expressions indiquent bien que c'est sur la volonté même du père que se fonde le retour ; peu importe que la convention ainsi intervenue ne soit pas expressément stipulée, puisque « le droit de retour, ajoute Louet, est une chose toute particulière, un droit spécial fondé sur une équité, sur une tacite stipulation présumée de la loi ».

La même idée est encore reprise et même accen-

(1) Louet, lettre P, n° 47.

(2) C'est en effet ce qu'ont jugé trois arrêts : l'un du 29 avril 1606, pour la Coutume de Chaulny, les deux autres des 12 août 1597 et 27 mai 1634 pour celle d'Angoumois.

tuée par Brodeau, l'annotateur de Louet. Le retour est pour lui « une tacite stipulation présumée et suppléée par la loi, et une condition *quæ vi ipsa inest* ». Il examine différentes coutumes, entre autres celles du Berry, du Nivernais, de Montargis, et il déclare que dans ces coutumes « la succession aux immeubles donnés par les ascendants est mixte, étant mêlée de succession et du droit de réversion ».

Par conséquent, dès son apparition dans les pays de coutumes, le droit de retour présente un caractère mixte : ce n'est pas seulement un droit de succession, c'est aussi un droit de réversion contractuelle, caractère un peu ambigu assurément, mais imposé dans un bon système de législation par le but même de l'institution.

Mais Louet n'est pas le seul à reconnaître ce caractère. Lebrun, dans son *Traité des successions* (1), s'exprime en des termes analogues. « On ne peut pas s'empêcher de résoudre, déclare-t-il, que ce droit est mixte parmi nous, et qu'il participe du droit de réversion et du droit de succession. »

Roussilhe (2), de son côté, s'exprime ainsi : « Quel est donc parmi nous le caractère du retour ? Ce n'est, comme quelques-uns l'ont cru, ni une pure succession, ni, comme d'autres, trop prévenus des idées romaines sur cette matière, l'ont avancé, une révocation proprement dite de la donation ; c'est... un droit mixte qui participe de la réversion et de la succession (3). »

(1) Liv. I, chap. v, sect. 2, nos 4 et 57.

(2) *Op. cit.*, chap. xxiii, sect. 2, § 3.

(3) V. encore de la Rouvière, *Traité du retour*, liv. III, chap. 1.
— Boucheul, *Des conventions de succéder*, chap. xii, n° 41.

Le caractère mixte du retour successoral est donc un fait reconnu par la plupart des jurisconsultes et des arrêstistes, qui ont succédé à Dumoulin, et, en présence de ce dualisme, on s'explique aisément les contradictions apparentes relevées dans les applications du droit de retour faites par certaines coutumes : quelques-unes des solutions données se justifient par l'idée de succession, d'autres par l'idée de réversion conventionnelle (1). Il est facile de s'en convaincre.

C'est ainsi que Ferrière (2) déclare que « la chose retourne au donateur en la même qualité qu'elle avait eue en sa personne ». Cette doctrine est exacte pour les coutumes où le retour n'est autre chose que la résolution et l'anéantissement de la donation, mais elle a été proscrite dans les pays soumis à la Coutume de Paris, par un arrêt du 1^{er} septembre 1762.

En effet, d'après le droit commun des pays coutumiers, le retour ne détruit pas les aliénations consenties par le donataire ; c'est ainsi que le jugent entre autres les Coutumes d'Auxerre et de Valenciennes, et cette solution est conforme à l'assimilation du droit de retour à un droit de succession. Mais, à côté, nous voyons la Coutume de Bayonne (tit. IX, art. 3 et 4) déclarer que le donataire « ne peut disposer des biens avilins donnés, soit par testament, ou autrement entre vifs, si ce n'est en cas de nécessité » ; mais, ajoute cette Coutume, « si c'étaient

(1) V. Merlin, *op. cit.*, v^o réversion, sect. 2, § 2, art. 4.

(2) Ferrière, *op. cit.*, art. 313 de la Coutume de Paris, § 4.

biens meubles ou acquêts du donnant, le conjoint survivant, au nom duquel ils ont été donnés, en peut disposer à sa volonté ». Quant à la Coutume de Valenciennes, nous l'avons vue considérer le donateur comme tenu de subir l'effet des actes de disposition du donataire, résultat qui ne peut s'expliquer par l'idée de clause tacite de résolution ; cependant cette même Coutume (art. 108-109) admet le retour légal au profit du donateur étranger ; or, le droit de ce donateur ne peut évidemment pas être de nature successorale.

Pour ce qui concerne la question de contribution aux dettes du donataire, les Coutumes diffèrent encore davantage. L'opinion générale paraît bien être que le donateur n'est pas obligé au paiement des dettes, mais on décide cependant différemment dans la Coutume de Bayonne, qui soumet à cette obligation le retour des meubles et acquêts, et dans la Coutume de Berry, qui adopte une solution mixte ; d'après cette Coutume, en effet, l'ascendant donateur reprend les biens par lui donnés « sans charge de dettes personnelles », ce qui le distingue de l'héritier, mais cependant cette exemption n'est que conditionnelle, le donateur devant contribuer aux dettes si les autres biens de la succession du donataire sont épuisés, « au cas, dit la Coutume, où le demeurant ne suffirait, et ce, jusqu'à concurrence des choses données à lui retournées ».

Remarquons, en outre, que cette même Coutume de Berry, qui exempte en principe le donateur de l'obligation aux dettes, le déclare ensuite tenu de subir, comme l'héritier, l'effet des constitutions de

charges réelles. Ce n'est donc pas seulement entre coutumes différentes, mais aussi dans une même coutume, que l'on remarque ces solutions contradictoires, preuve manifeste du caractère mixte du droit de retour.

On retrouve des divergences analogues dans la Coutume de Nivernais, d'après laquelle, nous dit Guy Coquille (1), l'enfant donataire peut disposer des biens donnés « utilement et avec plein effet et pour les convenances de son mariage », mais il ne peut en disposer que par actes entre vifs, sauf par donation, et jamais par testament. Ces solutions sont conformes, d'après Guy Coquille, à l'intention du père donateur, « car le père a directement fondé son intention et la cause finale de sa disposition pour la conservation et accroissement de sa maison et postérité, qui est raison suffisante pour donner règle et limitation à sa disposition et pour la transférer de personne à autre ». Dans cette coutume, l'idée de succession permet donc au donataire de disposer des biens donnés, mais immédiatement l'idée de convention tacite vient limiter ce pouvoir de disposer.

C'est ainsi que le double caractère du retour successoral nous explique les contradictions apparentes que présentent les dispositions des coutumes ; mais il nous explique également les controverses des auteurs, dont les uns déduisent logiquement les conséquences de l'idée de succession, tandis que les

(1) Guy-Coquille, *Commentaire de la Coutume de Nivernais*, chap. xxvii, art. 9, et chap. xxxiv, art. 5.

autres s'arrêtent à des solutions transactionnelles. Lebrun, par exemple, tout en considérant le droit de retour comme mixte, ne s'attache, lorsqu'il étudie ses conséquences, qu'à l'idée de succession. D'après lui, en effet, les aliénations à titre onéreux comme à titre gratuit font obstacle à la réversion ; tous les actes de disposition du donataire doivent donc être maintenus, et l'ascendant est tenu, de plus, au paiement des dettes « *ultra vires*, et au delà de l'émolument, parce que, quant au paiement des dettes, la réversion est succession (1) ». Tel est le principe que pose Lebrun, bien qu'il constate que certaines coutumes en décident autrement.

Ferrière (2), au contraire, considère que le donateur ne doit être assujetti aux dettes qu'à concurrence de son émolument et Merlin regarde cette solution comme plus juste que celle de Lebrun. « Celui qui exerce le retour, dit-il, n'est pas proprement héritier (ou du moins, il ne l'est pas à titre universel), il n'est que successeur *in re singulari*, de même que le fisc et les seigneurs hauts justiciers, lesquels ne seront tenus que jusqu'à concurrence de ce dont ils amendent des biens, pourvu qu'ils aient fait faire inventaire (3). »

Cependant, il faut remarquer qu'à côté de ces auteurs prêts à reconnaître le dualisme du droit de retour, il en est d'autres qui s'attachent uniquement à l'idée de succession et semblent même repousser toute idée de convention présumée. M. le procureur

(1) Lebrun, *op. cit.*

(2) Ferrière, *op. cit.*, art. 313, § 1.

(3) Merlin, *op. cit.*

général Baudoin, dans ses conclusions déjà citées (1), insiste même sur « l'immense majorité de la doctrine coutumière, qui répudie avec énergie cette confusion », et, tout récemment, M. Van Biervliet (2) déclarait que « d'autres auteurs et des plus considérables font ressortir nettement la différence essentielle entre le retour successoral et la réversion conventionnelle consacrée par le droit écrit ».

Ces constatations sont exactes, mais cependant, les expressions de M. Baudoin semblent empreintes d'un peu d'exagération : les auteurs qui reconnaissent la nature mixte du retour successoral ne forment pas une minorité si négligeable, et ils comptent dans leurs rangs d'éminents jurisconsultes. Malgré tout, il faut pourtant reconnaître que le nombre de ceux que l'on peut leur opposer est beaucoup plus considérable, et il en est même quelques-uns, parmi ces derniers, qui rejettent catégoriquement tout principe contractuel à la base du retour ; c'est ce qu'ont fait, entre autres, Ricard (3), Pothier (4), Laurière (5), dont les adversaires de notre théorie rapportent soigneusement les paroles. Mais, à l'exception de ces quelques auteurs qui s'expriment aussi nettement, la plupart des autres ne font que rattacher le droit de retour à l'idée de succession, sans faire aucune allusion à l'idée de réversion conventionnelle, c'est-

(1) D. 1903. I. 362, col. 2.

(2) *Op. cit.*, p. 243.

(3) *Traité des donations*, 3^e partie, chap. VII, sect. 4.

(4) *Traité des successions*, t. VIII, chap. II, sect. 2, art. 3, § 2, édit. Bugnet.

(5) *Op. cit.*

à-dire sans la repousser expressément. Or, s'il en est ainsi, est-ce que ce ne serait pas uniquement parce que ces jurisconsultes n'ont pas approfondi la question, comme nous avons intérêt à le faire actuellement, parce qu'ils n'ont pas recherché avec précision la nature du retour successoral, mais se sont seulement bornés à faire une étude plus sommaire qui n'a pu leur dévoiler le caractère contractuel du droit de l'ascendant ?

Cette présomption est fort plausible, car, dans l'ancien droit, on n'avait aucun intérêt pratique à connaître exactement la nature du droit de retour ; les questions, dont nous recherchons aujourd'hui la solution, ne se présentaient pas alors ; d'ailleurs, on ignorait la prohibition absolue des pactes sur succession future, par suite, les renonciations anticipées à des successions non ouvertes n'étaient pas défendues, aussi, n'était-il pas nécessaire de faire les recherches quelque peu délicates auxquelles nous nous livrons actuellement sur la nature du droit de retour successoral, pour trouver un moyen d'autoriser les conventions restrictives de ce droit.

Il ne faut donc pas exagérer la portée des expressions de certains auteurs coutumiers et, lorsqu'ils fondent uniquement le retour sur une base successorale, en conclure immédiatement à l'exclusion complète de leur part de toute idée de convention présumée.

Par contre, il ne faut pas, pour les mêmes raisons, attacher trop d'importance aux passages de quelques jurisconsultes qui reconnaissent la possibilité de conventions consenties par les parties et

venant modifier certains points des règles coutumières, relativement au droit de l'ascendant.

Ainsi, quand Brodeau proclame, comme nous l'avons vu, que les biens donnés reviennent au donateur *jure reversionis*, il en conclut logiquement qu'une convention expresse peut déroger à cette convention tacite, en déclarant « que le bien donné sortira nature de propre ancien, et comme escheu par succession de père et mère, ayeul et ayeule, avec expresse dérogation et renonciation à toutes coutumes ». Brodeau autorise donc l'ascendant à attribuer par convention le caractère de propres naturels aux biens donnés et à renoncer par là au droit de retour. La possibilité de conventions, venant modifier de la sorte le droit de l'ascendant, était d'ailleurs reconnue par la jurisprudence des Parlements : ainsi, d'après des arrêts de 1575 et 1584 du Parlement de Paris, le donateur pouvait, d'après une convention particulière, exercer le droit de retour, sans succéder aux dettes et hypothèques du donataire (1).

Mais il serait téméraire, disons-nous, de tirer des arguments en faveur de notre thèse, soit de ces arrêts, soit des écrits de Brodeau ou d'autres auteurs, car, par suite de l'absence de tout intérêt pratique, on n'a jamais fait, à l'époque coutumière, une recherche sérieuse et approfondie de la nature exacte du retour de l'ascendant. Cependant on ne peut moins faire, à la suite de ces développements, que de constater l'absence complète de toute opposition entre le retour successoral et le retour conventionnel.

(1) V. Ferrière, *op. cit.*, art. 313.

En conséquence, malgré la divergence d'opinions ainsi expliquée de quelques jurisconsultes, il nous semble indiscutable de reconnaître au droit de retour, tel qu'il était conçu et appliqué dans les pays de coutumes, cette nature mixte qu'il possède encore aujourd'hui.

SECTION IV

*Le retour successoral sous la législation intermédiaire
et le Code civil.*

Telle était donc la conception du droit de retour successoral, quand la loi du 17 nivôse an II vint, tout en maintenant le retour conventionnel, abroger implicitement et rétroactivement cette institution. Peu après, la loi du 23 ventôse an II abolit cet effet rétroactif, mais confirma encore l'abrogation pour les donations postérieures au 5 brumaire an II.

Lorsque commencèrent les travaux de rédaction du Code civil, le projet de la commission ne s'occupait ni du droit de retour légal, ni du droit de retour conventionnel ; c'était bien proscrire le premier et laisser subsister le second. Mais alors des réclamations s'élevèrent.

Le tribunal d'appel de Toulouse se plaignit de ce que le projet du gouvernement ne rétablissait pas le droit de réversion. « Il est injuste, disait-il, que les ascendants se voient exclus par des collatéraux de rentrer même dans les biens, dont ils s'étaient dépouillés en faveur de leur descendant prédécédé. »

« On ne voit pas pourquoi, ajoutait le tribunal de Montpellier, l'ascendant qui a eu le malheur de survivre à l'enfant à qui il avait remis déjà le dépôt de sa fortune, sera privé de la faible consolation de reprendre ce même dépôt, l'unique ressource de ses vieux jours (1). »

La section de législation du Conseil d'Etat fit droit à ces observations et l'article 31 de son projet de loi des successions, présenté à la séance du 25 frimaire an XI, devint, après quelques modifications, l'article 747 actuel.

C'est l'institution coutumière qui fut l'antécédent direct de cet article, par conséquent il faut reconnaître au retour successoral de notre Code civil la même nature, le même caractère que sous l'empire des coutumes, c'est-à-dire un caractère participant à la fois, ainsi que nous avons conclu, et de l'idée de succession, et de l'idée de convention tacitement stipulée.

Cependant, l'article 747 est inséré au titre des successions et porte le mot « succèdent » ; de plus, d'après les travaux préparatoires, ainsi que le fait remarquer M. Baudoin, tous les auteurs, sauf toutefois Malleville, semblent ne voir dans le droit établi par cet article qu'un droit successoral ne dérivant en rien de l'idée de réversion conventionnelle. Dans les travaux préparatoires, en effet, lors de la discussion de l'article 951 sur le retour conventionnel, nous voyons, entre autres, Tronchet déclarer que le droit en vertu duquel l'article 747 « rend aux ascendants les biens

(1) Fenet, t. IV, p. 504, et t. V, p. 578.

par eux donnés est non un droit de retour, mais un droit de successibilité (1) ». C'est l'idée qu'exprimait déjà Pothier, le guide habituel des législateurs de 1804.

Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée exacte des termes employés. Il est certain que l'ascendant reprend les biens qu'il a donnés en vertu d'un droit de succession, c'est un point indiscutable, mais ce qu'il faut reconnaître, c'est qu'il ne s'agit pas d'un droit de succession ordinaire, mais bien d'un droit de succession d'une nature particulière, qui a pour base la volonté même de l'héritier et repose ainsi par conséquent sur une convention tacitement stipulée. C'est bien là le même caractère mixte qui se dégage du droit coutumier.

Cette conclusion, à laquelle nous conduit notre démonstration historique, est cependant nettement repoussée par M. le procureur général Baudoin et par M. Van Biervliet; mais, s'il en est ainsi, c'est que ces auteurs s'attachent principalement aux documents historiques immédiatement antérieurs à notre Code civil. L'institution coutumière, il est vrai, est l'antécédent direct de l'article 747, aussi pourrait-on croire que le raisonnement, susceptible de faire connaître avec le plus d'exactitude le caractère du droit de retour établi par cet article, consiste à se reporter aux ouvrages les plus rapprochés de l'époque de sa rédaction. Pourtant, selon nous, cette méthode de raisonnement historique ne doit pas être suivie ici. Sans doute le législateur de 1804 a entendu conserver

(1) Locré, t. XI, p. 226-227.

les principes adoptés par les auteurs coutumiers, mais l'origine du droit de retour est beaucoup plus ancienne que les coutumes, et si on veut connaître le caractère même de ce retour, c'est à son origine qu'il faut se reporter. Evidemment ce caractère a varié ou du moins a été compris différemment suivant les époques, mais néanmoins la nature essentielle d'une institution reste sensiblement la même à tout moment de son existence, et le principe qui a présidé à sa création doit encore se manifester aujourd'hui.

Les rédacteurs du Code civil n'ont peut-être vu dans le droit de retour qu'un droit de succession ordinaire, mais c'est là le résultat d'une étude rendue trop superficielle par l'absence de tout intérêt pratique à cette époque; d'ailleurs, quelle qu'ait pu être leur opinion, du moment que le retour successoral a été introduit dans nos lois tel qu'il existait, il y est nécessairement entré avec la même nature qu'il possède depuis son origine et qu'il conserve toujours, bien qu'elle ait échappé à l'examen de certains auteurs.

Voilà pourquoi nous croyons que l'on a tort de s'attacher exclusivement aux termes employés par certains auteurs coutumiers et d'écarter complètement les enseignements tirés de l'étude du droit romain et du droit écrit; aussi n'hésitons-nous pas à reconnaître dans le retour successoral ce caractère contractuel qu'il possède depuis sa création.

CHAPITRE III

Tendance de la jurisprudence à appliquer le principe de notre théorie.

Les recherches historiques étant ainsi venues confirmer notre démonstration rationnelle, la nature contractuelle du retour successoral nous paraît nettement établie. Cependant, avant de terminer, il est bon de jeter un rapide coup d'œil sur la jurisprudence ; il n'est pas question, bien entendu, d'y découvrir une application exacte et constante de notre théorie ; on constate, tout au contraire, que les tribunaux ont presque toujours annulé, comme pactes sur succession future, les renonciations totales au droit de retour faites par le donateur du vivant du donataire, et une semblable constatation est certainement plutôt défavorable à notre système (1). Mais

(1) Rennes, 29 août 1870 (D. 1873. II. 192). — Angers, 18 déc. 1878. (D. 1879. II. 172 ; S. 1879. II. 322.)

ce que nous voulons rechercher dans la jurisprudence, c'est une certaine tendance, assez vague, il est vrai, à reconnaître une sorte d'identité de nature entre le retour successoral et le retour conventionnel, et à condamner cette opposition radicale et absolue que bien des auteurs ont établie à tort entre ces deux institutions.

Notre théorie a, en effet, pour résultat de détruire cette antinomie en ne faisant du retour successoral qu'une forme modifiée et une adaptation spéciale du retour conventionnel; par conséquent, si nous trouvons dans l'ensemble des décisions judiciaires, relatives au droit de l'ascendant donateur, une tendance à effacer cette opposition, que l'on a créée à tort, nous pourrions en conclure que le principe dont nous avons fait la démonstration rationnelle et historique, n'appartient pas seulement à la théorie pure, mais peut aussi trouver sa place dans les applications pratiques.

I.

Cette tendance de la jurisprudence se manifeste d'abord dans les différents cas où les tribunaux ont eu à rechercher le fondement rationnel du droit de l'ascendant donateur. Une semblable recherche a été jugée nécessaire toutes les fois que la brièveté des termes de l'article 747 n'a pas permis de déterminer les conditions précises d'ouverture du retour et elle a presque toujours conduit à reconnaître que la base de ce droit n'était autre que la volonté même de

l'ascendant, volonté qu'il fallait présumer et analyser pour trouver la solution des difficultés à trancher.

C'est ainsi qu'en 1817 la question se posa devant la Cour de cassation de savoir s'il fallait étendre l'exercice du droit de retour sur toutes les sommes données en numéraire, alors que ces sommes ne se retrouvaient plus dans la succession du donataire qu'en effets de commerce et obligations; les termes précis de l'article 747 ne suffisaient pas à faire entrevoir la solution. Aussi la Cour suprême, pour résoudre la question, dut-elle rechercher quelle avait été, dans le cas présent, la volonté du donateur; et cette analyse d'intention lui permit de répondre affirmativement.

« Attendu, dit-elle, que le droit de succession, consacré par l'article 747, n'est point une simple exception à la règle de l'irrévocabilité des donations, mais un droit spécial, fondé sur l'équité, et sur une stipulation tacite présumée, que les ascendants qui donnent à leurs descendants n'ont en vue que leur postérité, et non des étrangers, envers lesquels ils ne sont pas censés vouloir se dépouiller, s'ils ont la douleur de survivre à leurs enfants (1) ».

N'est-ce pas là reconnaître formellement l'intention présumée de l'ascendant comme base du retour successoral ?

Mais les tribunaux se sont surtout livrés à cette recherche d'intention du donateur dans les cas où il a fallu se demander si l'existence d'un enfant naturel

(1) Civ. rej., 30 juin 1817. (S. 1817. I. 313; S. chr. C. N., t. V. I. 339.)

du donataire, au moment du décès de ce dernier, pouvait faire échec au droit de retour successoral. L'article 747 dit seulement que le donateur exerce son retour si le descendant décède « sans postérité », expression assez vague qui ne fait guère pressentir la solution de notre question. Aussi la jurisprudence a-t-elle été obligée de rechercher quelle était la volonté de l'ascendant en une semblable hypothèse et elle en a conclu, avec raison, que la présence d'un enfant naturel, ne faisait pas obstacle à l'exercice complet du droit de retour.

Dès 1832, nous voyons la Cour de cassation juger ainsi (1), mais il semble que cette Cour s'est appuyée alors exclusivement sur les termes de l'article 747 et n'a fait que rechercher le sens exact du mot postérité employé par cet article. Un peu plus tard, au contraire, nous voyons la Cour de Douai, dans un arrêt du 14 mai 1851 (2), baser sa décision sur la volonté même du donateur qu'elle présume et analyse. « Attendu, dit-elle, que ce serait méconnaître la véritable pensée du donateur que de faire participer aux bienfaits de la donation un enfant naturel, que non seulement il n'a pas pu comprendre dans ses intentions libérales, mais qu'il en eût certainement exclu, s'il avait pu pressentir les écarts qui lui ont donné la vie ». Enfin la Cour de cassation finit à son tour par appuyer sa décision sur la même recherche d'intention et, dans un arrêt du

(1) Cass., 3 juillet 1832. (S. 1832. I. 498).

(2) Douai, 14 mai 1851. (S. 1851. II. 497.)

9 août 1854 (1), on peut lire le considérant suivant : « Attendu que le donateur ne peut être présumé avoir étendu le même sentiment de préférence jusqu'à l'enfant illégitime... »

Par conséquent la jurisprudence, pour permettre à l'ascendant d'exercer son droit de retour, malgré l'existence d'un enfant naturel du donataire, a suivi presque exclusivement la volonté de cet ascendant, qui est présumé n'avoir pas entendu abandonner l'objet de sa libéralité entre les mains de descendants illégitimes. C'est bien reconnaître que la volonté du donateur sert de fondement à son droit de retour et limite l'étendue et les conditions d'ouverture de ce droit (2).

La solution de la jurisprudence est d'ailleurs approuvée par la majorité des auteurs et il en est, parmi ceux-ci, qui fondent également leur théorie sur l'intention présumée de l'ascendant. Demolombe, notamment, s'exprime de la manière suivante : « L'ascendant n'a pas compris dans sa volonté bienfaisante cet enfant naturel, qui lui est également étranger, et dont l'existence même est une tache pour sa famille; et par conséquent la cause de sa libéralité est bien défaillie par le prédécès de son enfant donataire; or, ce sont là les deux considérations principales et essentielles qui ont fait introduire le retour successoral (3). » On lit de même dans Baudry-Lacantinerie et Wahl : « Il est à sup-

(1) S. 1854. I. 564.

(2) Sur une question analogue, v. Cass., 14 février 1855 (S. 1855. I. 185).

(3) Demolombe, *Traité des successions*, t. I, n° 510, p. 622.

poser que l'ascendant n'a pas voulu montrer la même affection pour les enfants naturels que pour les enfants légitimes (1). »

Remarquons cependant que, tout dernièrement, la Cour d'Orléans vient de rompre avec la jurisprudence antérieure en décidant que l'existence d'un enfant naturel, reconnu du donataire décédé, forme obstacle à l'ouverture du droit de retour au profit de l'ascendant (2). Cette Cour prétend, en effet, que, depuis la loi du 25 mars 1896 conférant à l'enfant naturel reconnu la qualité d'héritier, le mot « postérité » de l'article 747 doit comprendre tous les descendants du donataire sans aucune distinction. Mais cette décision est généralement critiquée par la doctrine, car on ne voit pas quelle influence l'amélioration du droit successoral des enfants naturels peut avoir sur le sens des termes employés par l'article 747. D'ailleurs, il sera presque toujours manifeste qu'une semblable solution est contraire à la volonté présumée du donateur, reconnue en général capable de déterminer les conditions d'exercice du droit de retour.

II.

La tendance de la jurisprudence, que nous signalons actuellement, se remarque encore dans la solution qu'elle a donnée à d'autres difficultés nées à l'occasion du retour successoral. Il arrive parfois

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. I, n° 710, p. 925. V. encore Huc, t. V, n° 82.

(2) Orléans, 14 mars 1902 (S. 1904. II. 276 ; *Pand. fr.*, 1904. II. 289).

que, lors de la donation, les parties concluent certaines conventions, qui, sans restreindre le retour de l'article 747, lui apportent cependant de sérieuses modifications, au point de lui attribuer quelques-uns des effets du retour conventionnel. Parmi ces conventions, il en est dans lesquelles l'ascendant stipule l'inaliénabilité des biens donnés pendant toute la vie du donataire : ce dernier perd ainsi son droit absolu de disposer des biens qu'il a reçus, soit en les aliénant, soit en les grevant d'hypothèques ou d'autres charges, l'exercice du retour devant résoudre tous ses actes de disposition.

Or, après quelques hésitations (1), les tribunaux se décidèrent avec raison à valider de semblables clauses qui ne portent aucune atteinte au droit successoral, puisque, loin de diminuer les effets de ce droit, elles ne font au contraire qu'accroître sa portée d'application, en supprimant une des différences qui le distinguent du retour conventionnel (2).

Cependant, quoi qu'en disent certains auteurs (3), entre le retour successoral ainsi modifié et le retour conventionnel subsiste encore une différence importante : dans le premier cas, le donateur est obligé au paiement des dettes du donataire, tandis que, dans le second, il reste complètement étranger au passif de la succession. Le résultat obtenu ne serait donc pas le même si l'ascendant, au lieu d'insérer

(1) Lyon, 12 juin 1856, sous Cass., 20 avril 1858 (S. 1858. I. 189).

(2) Paris, 15 avril 1858 (S. 1858. II. 362). Cass., 20 avril 1858 (S. 1858. I. 389). Angers, 18 déc. 1878 (D. 1879. II. 172, S. 1879. II. 322). Cass. 22 juillet 1896 (D. 1898. I. 17, note de M. Planiol, S. 1900. I. 28).

(3) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e édit., t. III, n° 1911, p. 374.

dans sa donation une semblable clause d'inaliénabilité, stipulait simplement le retour de l'article 951. Mais, en outre, si cet ascendant voulait, au moment de la libéralité, passer une convention, le dégageant de toute obligation aux dettes, rien ne pourrait s'opposer à une pareille stipulation ; le cas ne s'est pas présenté devant les tribunaux, mais il est probable que la jurisprudence validant les clauses d'inaliénabilité des biens donnés, ne pourrait moins faire que de maintenir toute convention d'insaisissabilité : cette seconde stipulation est, en effet, bien moins grave que la première, puisqu'au lieu de résoudre toutes les aliénations consenties par le donataire, elle ne fait que soustraire, lors du décès de ce dernier, les biens donnés au gage de ses créanciers.

Mais la simultanéité de semblables conventions effacerait toute différence essentielle entre les deux droits de retour ; en conséquence, la volonté de l'ascendant, capable de produire de tels résultats, doit forcément être considérée comme la base même du retour successoral, et la jurisprudence reconnaît implicitement ce principe quand elle valide les clauses que nous venons de signaler.

III.

Enfin la jurisprudence, ainsi que nous l'avons déjà constaté, vient encore tout récemment de manifester cette même tendance dans la solution qu'elle a donnée à la difficulté examinée en détails au début de cet ouvrage. Il s'agissait de savoir si les biens soumis au retour successoral doivent être compris dans

la masse sur laquelle se calcule le montant de l'usufruit du conjoint survivant. Il est inutile de revenir de nouveau sur cette question, mais qu'il suffise seulement de rappeler que deux arrêts récents de la Cour de Poitiers et de la Cour de Paris, et tout dernièrement un arrêt de Cassation, ont formellement exclu les biens donnés de la masse de calcul. La solution est la même, qu'il s'agisse du retour conventionnel ou du retour successoral, et on doit en conclure de nouveau qu'il n'y a aucune opposition entre ces deux institutions, puisque les tribunaux considèrent les biens grevés de l'un ou l'autre de ces droits comme formant une masse presque identique et complètement distincte de la succession ordinaire, à tel point que le conjoint survivant ne peut même l'utiliser pour le calcul de son usufruit légal.

CONCLUSION

Pour achever la tâche que nous nous sommes imposé, il ne nous reste plus qu'à faire l'application de notre théorie aux deux problèmes juridiques déjà exposés, nés des rapports du retour successoral et du droit d'usufruit du conjoint survivant, et nous verrons alors leur solution nous apparaître avec certitude.

Nous avons d'abord recherché, lorsqu'il s'agit de calculer le montant de l'usufruit légal du conjoint survivant, s'il fallait comprendre les biens soumis au droit de retour successoral dans la masse de biens réunis furtivement pour opérer ce calcul. La réponse à cette question paraît tout d'abord assez délicate, car les arguments, présentés par les partisans des deux systèmes en présence, ne permettent pas, semble-t-il, de se prononcer avec certitude. Mais nous avons vu qu'il fallait subordonner, ainsi que l'a compris la jurisprudence, la solution cherchée à la question plus générale de savoir si la succession anormale, à laquelle donne ouverture le droit de retour de l'ascendant, doit être considérée comme une succession distincte ou non de la succession ordinaire. Or, notre théorie nous permet de répondre immédiatement à cette seconde question : le retour successoral, disons-nous, est une succession à base contractuelle ; c'est, par conséquent, une succession d'une nature toute spéciale, qui diffère

complètement, par son essence même, de la dévolution héréditaire de droit commun et se rapproche de la réversion conventionnelle dont elle n'est, en somme, qu'une forme modifiée. Dès lors, la solution de notre problème juridique s'impose : les biens soumis au retour successoral doivent être soigneusement séparés de la masse héréditaire ; aussi, doit-on forcément les exclure de la réunion des biens sur l'ensemble desquels se calcule le montant de l'usufruit du conjoint survivant ; ils suivent donc, sous ce rapport, un sort identique à celui des biens soumis à un simple retour conventionnel.

Enfin, nous nous sommes demandé, en dernier lieu, si un ascendant donateur pouvait, par une clause formelle de la donation faite à son descendant, restreindre son droit éventuel de retour, en permettant à l'époux survivant du donataire prédécédé d'exercer son usufruit légal sur les biens donnés. Cette clause, que nous avons examinée en détail, a été condamnée formellement par la Cour de cassation, comme constituant un pacte sur succession future ; mais cette solution, d'apparence aussi logique, est fort regrettable, car elle porte atteinte à de nombreux intérêts privés et prive la pratique notariale d'un précieux instrument. Aussi, a-t-on cherché, de différents côtés, un moyen quelconque de se soustraire à cette décision rigoureuse et d'en démontrer l'inexactitude ; mais aucun des systèmes proposés pour valider la clause litigieuse n'a pu atteindre le but désiré, et on est toujours venu se heurter à la prohibition légale des conventions sur succession non ouverte, prohibition que l'on a vainement tenté

d'éviter, en essayant d'établir que les motifs qui l'ont édictée, sont étrangers à notre hypothèse.

Le raisonnement si logique de la Cour de cassation repose, en effet, tout entier sur l'idée que le retour légal de l'ascendant s'exerce à titre héréditaire et ne peut être restreint en rien dans son étendue par une stipulation quelconque de retour conventionnel. Or, l'application de notre théorie paraît seule capable de ruiner ce raisonnement et d'échapper à la prohibition des articles 791 et 1130. Nous regardons, en effet, le retour successoral, malgré sa nature héréditaire, comme une succession d'une nature juridique toute spéciale, reposant sur une convention présumée et ne présentant avec le retour conventionnel aucune opposition irréductible ; c'est une succession entièrement créée par la volonté tacite de l'héritier, c'est-à-dire de l'ascendant. Or, on ne peut, sans contradiction, défendre à cet ascendant de modifier, par sa propre volonté, soit pour l'étendre, soit pour le restreindre, un droit de succession dont sa propre volonté est le seul fondement juridique. Par conséquent, la prohibition des pactes sur succession future devient forcément inapplicable au retour successoral, grâce à sa nature conventionnelle. On peut renoncer à ce retour, comme le dit M. Crouzel, « parce qu'il est d'ordre privé et que l'article 747 renferme une disposition simplement interprétative de volonté (1) ».

Cette conclusion, à laquelle nous conduit notre théorie, paraît bien évidente ; elle est cependant for-

(1) *Op. cit.*

mellement contestée par M. Van Biervliet (1). La prohibition des pactes sur succession future étant absolue et ne souffrant aucune distinction, elle doit, selon cet auteur, s'appliquer même à une succession à base contractuelle, telle que le retour successoral. « Même en admettant la succession à base contractuelle, dit-il, on est obligé, à peine de violer ouvertement les articles 791 et 1130, de la soumettre aux prescriptions de ces articles. »

Ce raisonnement nous semble absolument inexact. La prohibition des pactes sur succession future se comprend quand il s'agit d'un droit héréditaire fondé sur des considérations législatives d'ordre social ou sur un testament présumé du *de cujus* ; mais on ne la comprend plus quand le droit héréditaire, comme celui qui fait l'objet de la clause litigieuse, repose sur une convention tacite, car ce droit héréditaire n'est lui-même « qu'un pacte sur succession future présumé, dont le pacte exprès apparaît comme une simple modalité ». Sans doute la prohibition des pactes successoraux est absolue, mais elle doit cependant nécessairement cesser lorsqu'il y a, comme dans notre cas, impossibilité et même absurdité à l'appliquer. M. Van Biervliet semble se méprendre sur la portée du terme absolu. Dire qu'une prohibition est absolue, c'est dire qu'on ne peut pas l'éluder, qu'il faut s'y soumettre même en l'absence des motifs qui la justifient, sans permettre aux tribunaux de rechercher si, dans chaque hypothèse particulière, les faits défendus présentent réellement les dangers redoutés ;

(1) *Op. cit.*, p. 245 et suiv.

mais il ne faut pas en conclure qu'elle doit s'appliquer aveuglément, même lorsque cette application est évidemment contradictoire et insensée. Ce n'est donc certainement pas faire de la prohibition absolue des articles 791 et 1130 une prohibition relative, que de l'écarter en présence d'une succession de nature contractuelle, c'est-à-dire d'une succession qui n'est elle-même que le résultat d'une simple convention.

Par conséquent, il résulte de notre théorie que toute stipulation émanant du donateur, qui étend ou restreint le retour successoral, est valable, et on doit par suite, sans aucun doute, valider la clause litigieuse que nous avons examinée, et par laquelle un ascendant donateur renonce à l'usufruit des biens donnés dans la mesure où cet usufruit fait obstacle à l'exercice des droits du conjoint survivant.

Souhaitons donc que la Cour de cassation, convaincue de la vérité et de l'exactitude de notre théorie, consente à revenir bientôt sur sa jurisprudence et à reconnaître la validité d'une clause dont la disparition était de nature à provoquer les nombreux inconvénients pratiques que nous avons signalés.

Vu :

E. GAUDEMET.

Vu :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER.

Dijon, le 3 juin 1905

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.	III
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

*Doit-on tenir compte des biens soumis au droit de retour
successoral pour calculer le montant de l'usufruit du
conjoint survivant ?*

CHAPITRE I ^{er} . — Les biens soumis à un droit de retour purement conventionnel doivent-ils être compris dans la masse de calcul ?	9
CHAPITRE II. — Les biens soumis à un droit de retour légal doivent-ils être compris dans la masse de calcul ?	15
Section I ^{re} . — Théorie d'après laquelle les biens sou- mis au retour légal doivent être compris dans la masse de calcul	17
Section II. — Théorie d'après laquelle les biens sou- mis au retour légal doivent être exclus de la masse de calcul.	23
Section III. — Quelle théorie faut-il adopter ?	32

DEUXIÈME PARTIE

L'ascendant donateur peut-il stipuler le retour conventionnel de manière à permettre au conjoint survivant de son enfant donataire d'exercer son droit d'usufruit sur les biens donnés?

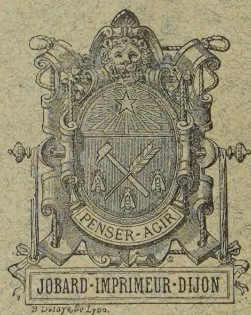
CHAPITRE I ^{er} . — Exposé de la question.	43
Section I ^{re} . — Exposé théorique.	43
Section II. — Exposé pratique	48
CHAPITRE II. — Examen critique de la jurisprudence relative à la question.	55
Section I ^{re} . — Relation et examen des différentes décisions de jurisprudence.	55
Section II. — Critique de la jurisprudence	65
CHAPITRE III. — Examen des différentes théories proposées pour valider la clause litigieuse.	77

TROISIÈME PARTIE

Le retour successoral considéré comme succession contractuelle.

CHAPITRE I ^{er} . — Démonstration logique.	113
CHAPITRE II. — Démonstration historique.	127
Section I ^{re} . — Le retour successoral en droit romain.	127
Section II. — Le retour successoral dans les pays de droit écrit.	131

Section III. — Le retour successoral dans les pays de coutumes.	139
Section IV. — Le retour successoral sous la législa- tion intermédiaire et le Code civil.	161
CHAPITRE III. — Tendances de la jurisprudence à appli- quer le principe de notre théorie.	165
CONCLUSION	175



D. Delap. & Co. Lyon.